Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination im Landschaftsschutz

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der
Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

MARTIN KELLER

von Bern und Thayngen

Verlag Rüegger CH 8253 Diessenhofen 1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548108_0012

Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination im Landschaftsschutz

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der
Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

MARTIN KELLER

von Bern und Thayngen

Verlag Rüegger CH 8253 Diessenhofen 1977

Berner Dissertation

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. Februar 1977 auf Antrag von Prof. Dr. Jörg P. Müller als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV. LEIDEN BIBL.

© Verlag Rüegger CH-8253 Diessenhofen 1977
ISBN 3 7253 0049 6

Ich widme diese Arbeit allen, die ihre Hoffnung auf eine Verwirklichung des Landschaftsschutzes noch nicht aufgegeben haben, es aber nicht bei der Hoffnung bewenden lassen.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit versucht, den Landschaftsschutz nicht als isolierte Domäne von Idealisten zu verstehen, die sich für die Erhaltung des Chaletbaustils, eines Tümpels oder einer Trockenwiese einsetzen, sondern will zeigen, dass der Schutz der Landschaft Aufgabe eines jeden ist, der in der Landschaft tätig wird: Alles Recht, das in der Landschaft Wirkungen zeitigt, ist zugleich Landschaftsschutzrecht - sei es allein oder in Verbindung mit spezielleren Normen - oder ist landschaftsfeindliches Recht, das dem kaum bestrittenen Auftrag, heute bestehende oder noch wiederherzustellende Werte zu bewahren, widerspricht.

Widerspruch wird die Arbeit deshalb hervorrufen, weil mit der Feststellung, dass die Forderung des Landschaftsschutzes auf die landschaftswirksamen Sachaufgaben ausstrahlt, die politische Dimension der rechtlichen Argumentation eingestanden wird. Dass juristische Arbeit unpolitisch sei, wird aber heute nur noch von jenen vertreten, die einen politischen Nutzen aus dieser Haltung ziehen können. Die Kenntnis der politischen Dimension des Rechts verlangt jedoch vom Juristen, dass er die politische Gegebenheit vom politischen Wunsch zu trennen trachtet, dass er seine Auffassung vom richtigen hinter jene des geltenden Rechts zurücksetzt, das eine herrschende und nicht die persönliche politische Meinung widerspiegelt. Je stärker die Aktualität und die momentane Ungelöstheit der Materie ist, desto schwerer fällt diese notwendige Zurückhaltung.

Meine Dissertation steht am Ende einer langen Tätigkeit als Assistent bei Herrn Prof. Jörg P. Müller an der Universität Bern. Sie bearbeitet einen Bereich, der weitgehend ausserhalb des Hauptinteresses meines Lehrers und damit meines bisherigen Tätigkeitsgebietes liegt. Die Dissertation ist damit unbelastet

von den fruchtbaren, aber möglicherweise noch nicht vollends bewältigten Anstössen meiner Arbeit an der Universität. Das ist eine akademische Freiheit, die nicht selbstverständlich ist und für die ich herzlich danke.

Die Dissertation wurde im Jahre 1976 verfasst. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende 1976 berücksichtigt, vereinzelte spätere Publikationen konnten vor der Drucklegung noch angemerkt werden.

Bern, im September 1977 Martin Keller

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XIX

1 Einleitung und Begriffe 1

1.1 Einleitung 1

1.2 Begriffe 8

1.21 Der Begriff der Landschaft 8

1.22 Der Begriff des Schutzes 12

1.23 Der Begriff des Landschaftsschutzes 16

1.3 Landschaftsschutz und andere, die Landschaft schützende Rechtsgebiete 22

1.31 Ortsbildschutz 22

1.32 Denkmalschutz 24

1.33 Natur- und Heimatschutz 26

1.34 Umweltschutz 27

2 Das Problem der Kompetenzkumulation 29

2.1 Die Arten von Kompetenzen 29

2.2 Die Kompetenzkumulation 33

2.3 Nichtabgeschlossenheit der Kompetenzverteilung 41

2.4 Kumulation von Bundeskompetenzen 41

2.5 Die Beurteilung von Kompetenzkumulationen in der Lehre 43

2.6 Eigener Vorschlag zur Behandlung von Kompetenzkumulationen 50

2.61 Das Verhalten des Bundesgesetzgebers 50

2.62 Beurteilung nach den verschiedenen Kompetenzarten 55

2.63 Lückenlosigkeit der Kompetenzabgrenzung 59

Seite

2.64 Die Bundestreue als Schranke der Kompetenzausübung 62
2.65 Die Praxis zum Kompetenzkonflikt 65
2.66 Die Praxis zur derogatorischen Kraft des Bundesrechts 69

2.7 Entscheid aufgrund einer Stellung innerhalb einer Wertordnung in der Verfassung 74

2.8 Ergebnis 78

3 Die Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination im Landschaftsschutz durch die Bundesregierung 80

3.1 Uebersicht 80

3.2 Der Natur- und Heimatschutz 82
3.21 Der Verfassungsartikel 82
3.22 Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung 88
3.221 Materielle Schutzbestimmungen des NHG 88
3.222 Die Inventare 92
3.223 Die Begutachtung 96
3.224 Die Legitimation gesamtschweizerischer Vereinigungen 102
3.225 Bundesbeiträge 103
3.226 Vorsorgliche Massnahmen 103
3.23 Ausgewählte Bundesaufgaben 105
3.231 Forstgesetzgebung 105
3.232 Konzessionierung von Seilbahnen 116
3.233 Elektrizitätsleitungen 129
3.234 Wassernutzung und Wasserbau 139
3.235 Militärische Anlagen und Tätigkeiten 151

3.3 Raumordnung und Baurecht 153
3.31 Die Raumplanungskompetenz des Bundes 153
3.32 Die dringlichen Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung 166

Seite

3.33 Ausgewählte Bundesaufgaben 168
3.331 Erstellung von Gebäuden und gleichgestellten Anlagen 168
3.332 Eisenbahnen 181
3.333 Strassen 190

3.4 Umweltschutz 200
3.41 Der Verfassungsartikel 200
3.42 Ausgewählte Bundesaufgaben 206
3.421 Gewässerschutz 206
3.422 Rohrleitungsanlagen 209
3.423 Kernkraftwerke 216

4 Schlussfolgerungen 239

4.1 Die gegenwärtige Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination im Landschaftsschutz 240
4.2 Eignung des Begriffes der Kompetenzkumulation zur Bewältigung von Problemen der Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination 243
4.3 Forderungen an den künftigen Landschaftsschutz des Bundes und der Kantone 246

Literaturverzeichnis

Arcioni	Rico Arcioni, Die neue Bundesgesetzgebung über den Natur- und Heimatschutz und ihr Verhältnis zum kantonalen Recht, ZBl 1967, 417
Aubert, Droit constitutionnel	Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände, Neuchâtel 1967 (zitiert nach Nummern)
Aubert/Jagmetti	Jean-François Aubert/Riccardo L. Jagmetti, Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, Gutachten WuR 1971, 132
Bächtold	Jakob Bächtold, Vom Umweltschutz zur Umweltgestaltung, Separatum aus "Der Bund" 1971(?)
Baldinger	Friedrich Baldinger, Umweltschutz - Versuch einer Standortbestimmung und eines Ausblickes, FS H.P. Tschudi, Bern 1973, 11
Bendel, Gewässerschutz	Felix Bendel, Probleme des Gewässerschutzes in der Schweiz, ASR Heft 396, Bern 1970
Bendel, Umweltschutzrecht	Felix Bendel, Gewässerschutz in Bund und Kantonen, in: Umweltschutzrecht, 208
Bendel, Bundesrecht	Felix Bendel, Bundesrecht und autonomes kantonales Recht im Bereiche des Gewässerschutzes, ZBl 1974, 417
Bericht des Delegierten	Raumplanung Schweiz, Bericht des Delegierten für Raumplanung zur Durchführung des dringlichen Bundesbeschlusses über die Raumplanung, Bern 1974
Bernet	Felix Bernet, Rechtliche Probleme der Pflege von Kulturdenkmälern durch den Staat, Diss. Zürich 1975
Blanc	Jean-Pierre Blanc, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Diss. Zürich 1967
Blocher	Christoph Blocher, Die Funktion der Landwirtschaftszone und ihre Vereinbarkeit mit der schweizerischen Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1972

Bloetzer/Munz	Gotthard Bloetzer/Robert Munz, Walderhaltungsgebot und Rodungsbewilligung, ZBl 1972, 428
Bruhin	Urs Peter Bruhin, Planändèrung im Raumplanungsrecht, Diss. Zürich 1975
Bühler, N + H	Theodor Bühler, Der Natur- und Heimatschutz nach schweizerischen Rechten, Zürich 1973
Bühler, Umweltschutzrecht	Theodor Bühler, Immissionen von Nationalstrassen, in: Umweltschutzrecht, 349
Burckhardt, Bundesrecht	Walther Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, 5 Bände und 1 Registerband, Frauenfeld 1930-32
Burckhardt, Komm. BV	Walther Burckhardt, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931
Burckhardt, Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen	Walther Burckhardt, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, 219
Detalle	Michel Detalle, Le régime des oléoducs et garoducs en Suisse, Diss. Genève 1969
Dietrich	Rudolf Dietrich, Die Prüfung der Pläne für neue Kraftwerke durch den Bund und ihr Verhältnis zur kantonalen Gewässerhoheit, Diss. Bern 1951
Ebnöther	Karl Ebnöther, Der Heimatschutz als polizeirechtliches Problem, Diss. Zürich 1956
Estermann	Alois Estermann, Die Baufreiheit und ihre Schranken, Diss. St. Gallen, Winterthur 1965
Europäisches Jahr für Denkmalpflege 1975	Europäisches Jahr für Denkmalpflege und Heimatschutz 1975, hrsg. vom Nationalen schweizerischen Komitee, Sonderheft der Zeitschrift Heimatschutz, Zürich 1974
Fischer	Ulrich Fischer, Die Kompetenzordnung bei der Bewilligung von Kernkraftwerken, ZBl 1973, 89
Fleiner, Gutachten	Thomas Fleiner, Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, WuR 1975, 201

Fleiner/Giacometti	Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
Föderalismus Hearings	Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (Hrsg.), Föderalismus Hearings, 3 Bände, Zürich 1973
Forestier	Jean-Jacques Forestier, Der Gestaltungsplan nach aargauischem Baugesetz, Diss. Zürich 1975
Friberg	Leo Friberg, Die rechte Ordnung des Natur- und Heimatschutzes im Kanton Graubünden, Diss. Freiburg 1969
Germann	Rolf Germann, Enteignung zugunsten Privater nach den kantonalen Enteignungsgesetzen, Diss. Bern 1974
Giacometti	siehe Fleiner/Giacometti
Giesser	Eugen H. Giesser, Die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Verwaltung, Diss. Basel 1976
Grisel, Droit administratif	André Grisel, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970
Gut	Urs Gut, Die materielle Enteignung, Diss. Zürich 1969
Gygi, Wirtschaftsverfassung	Fritz Gygi, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265
Gygi, Verwaltungsrechtspflege	Fritz Gygi, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Auflage, Bern 1974
Gygi, Kernkraftwerke	Fritz Gygi, Die rechtlichen Probleme des Baus von Kernkraftwerken in der Schweiz, SJZ 1976, 269
Gygi, Rechtssetzungszuständigkeit	Fritz Gygi, Zur Rechtssetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des Zivilrechts (BV 64), ZSR 1976 I 343
Häberlin	Urs-Peter Häberlin, Rechtliche Probleme des Hochhauses, Diss. Zürich 1973
Hafner	Rolf Hafner, Erholungsgebiete im schweizerischen und zürcherischen Recht, Diss. Zürich 1972

Hangartner, Naturschutz	Yvo Hangartner, Rechtsgrundlagen des Naturschutzes, ZBl 1971, 257
Hangartner, Erfüllung der Staatsaufgaben	Yvo Hangartner, Die Erfüllung der Staatsaufgaben durch Bund und Kantone, ZSR 1974 I 379
Hangartner, Kompetenzverteilung	Yvo Hangartner, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil. St. Gallen, Bern 1974
Hauser, Bindungen des Bundes	Edwin Hauser, Die Bindungen des Bundes an das kantonale Recht, Diss. Zürich 1962
Hauser, ZBl	Edwin Hauser, Gibt es eine Bindung des Bundes an das kantonale Recht?, ZBl 1964, 457
H. Hess	Heinz Hess, Probleme des enteignungsrechtlichen Einspracheverfahrens aus der Sicht des Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartements, ZBl 1973, 385
P. Hess, Rechtliche Behandlung	Peter Hess, Die rechtliche Behandlung der Rohrleitungen zur Beförderung von flüssigen und gasförmigen Brenn- und Treibstoffen, Diss. Zürich 1969
P. Hess, Rohrleitungsanlagen	Peter Hess, Rohrleitungsanlagen, in: Umweltschutzrecht, 365
Hesse, Grundzüge	Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, Karlsruhe 1975
Hintermann	Andreas Hintermann, Die Freihaltezone im Rahmen der Bauzonenplanung, Diss. Zürich 1963
Hirt	Paul Hirt, Der polizeiliche Schutz des Landschaftsbildes, Diss. Zürich 1927
Hofmann	Markus Hofmann, Die Pflicht zur Nutzung des Bodens, Diss. Zürich 1974
Hofstetter	Max Hofstetter, Rechtsprobleme des Nationalstrassenbaues in der Schweiz, ZBl 1958, 1
Hösli	Erwin Hösli, Das öffentliche Baurecht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Freiburg 1972
Huber, Kompetenzkonflikt	Hans Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, Diss. Bern 1926

Huber, Einheit der Rechtsordnung	Hans Huber, Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verwaltung mit Beispielen aus der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete des Gewässerschutzes, ZBl 1957, 481
Huber, Komm. ZGB	Hans Huber, Art. 6 ZGB, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I 1, Einleitung, Bern 1966 (zitiert nach Artikel und Note)
Huber, Ausscheidung der Zuständigkeiten	Hans Huber, Gedanken über die Ausscheidung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen, ZSR 1968 I 481
Huber, Zuständigkeiten	Hans Huber, Die Zuständigkeiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiete des Baurechts - Vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht, in: Rechtliche Probleme des Bauens, 47 f., Bern 1968
Huber, Formenreichtum der Verfassung	Hans Huber, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZbJV 1971, 172
Hug	Hans-Jürg Hug, Der Schutz vor ionisierender Strahlung, in: Umweltschutzrecht, 380
Hunziker, Landschaftsschutz	Theo Hunziker, Landschaftsschutz als Gegenwartsaufgabe von öffentlichem Interesse, in: Die Regionalplanung im Kanton Zürich, II. Reihe, Heft 3, Zürich 1957
Hunziker, Mitwirken des Bundes	Theo Hunziker, Ueber das Mitwirken des Bundes auf dem Gebiete des Landschaftsschutzes, in: Jahrbuch für Umweltschutz 1973, 140, Luzern 1973
Imboden, Bundesrecht bricht kantonales Recht	Max Imboden, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich, Aarau 1940
Imboden, Ausscheidung der Rechtssetzungskompetenzen	Max Imboden, Die Ausscheidung der Rechtssetzungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, 253
Imboden/Rhinow	Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. Auflage, Basel 1976
Imholz, Konzessionierung von Luftseilbahnen	Robert Imholz, Die Berücksichtigung der ORL-Planung und des Natur- und Heimatschutzes bei der Konzessionierung von Luftseilbahnen, DISP Nr. 37, Zürich 1975, 70

Imholz, N + H	Robert Imholz, Die Zuständigkeiten des Bundes auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes, Diss. Zürich 1975
Imholz, Aspekte	Robert Imholz, Natur- und heimatschutzrechtliche Aspekte des Raumplanungsgesetzes, DISP Nr. 41, Zürich 1976, 41
Iselin	Georg Iselin, Die eidgenössische Gewässerschutzgesetzgebung als Instrument der Raumplanung, ZBl 1974, 426
Jagmetti, Die Region	Riccardo L. Jagmetti, Die Region, in: FS Walter Hug, 469, Bern 1968
Jagmetti, Umweltschutzrecht	Riccardo L. Jagmetti, Die Raumplanung als Umweltgestaltung, in: Umweltschutzrecht, 91
Jagmetti, mesures urgentes	Riccardo L. Jagmetti, Les mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire, in: Treizième journée juridique Genève octobre 1973, Genève 1974, 50
Jagmetti	siehe auch Aubert/Jagmetti
Kläusli	Bruno Kläusli, Bundesstaats- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Nationalstrassengesetzgebung, Diss. Zürich 1970
Knopfli	Walter Knopfli, Natur- und Landschaftsschutz im schweizerischen Mittelland uns seine Zielsetzungen, Sonderheft von "Plan", Solothurn 1939
Kümin	Karl Kümin, Oeffentlich-rechtliche Probleme des Gewässerschutzes in der Schweiz, Diss. Zürich 1973
Kuttler, Bauplanungsrecht	Alfred Kuttler, Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht, WuR 1974, 145
Kuttler, Zeitpunkt	Alfred Kuttler, Welcher Zeitpunkt ist für die Beurteilung der Frage, ob eine materielle Enteignung vorliege, massgebend?, ZBl 1975, 497
Landesplanerische Leitbilder	Landesplanerische Leitbilder der Schweiz, Schlussbericht Band III, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 10 C, Zürich 1971
Lendi, Materielle Grundsätze	Martin Lendi, Materielle Grundsätze der Raumplanung, DISP Nr. 27, Zürich 1973, 5

Lendi, Raumbedeutsame Pläne	Martin Lendi, Raumbedeutsame Pläne, ZSR 1973 I 105
Lendi, Umweltschutzrecht	Martin Lendi, Die Bedeutung der kommenden Raumplanungsgesetzgebung für den Umweltschutz, in: Umweltschutzrecht, 125
Lendi, Planungsrecht	Martin Lendi, Planungsrecht und Eigentum, ZSR 1976 II 1
Lenherr	Hanspeter Lenherr, Mitwirkungsrechte und Rechtsschutz im Raumplanungswesen, Diss. Zürich 1976
Loepfe/Zurbrügg	Rolf Loepfe/Henri Zurbrügg, Das Planprüfungsrecht des Bundes gemäss Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, ZBl 1957, 417
Mauch/Müller-Stahel	Samuel Mauch/Hans-Ulrich Müller-Stahel, Umweltschutz: Ziele - wirtschaftliche und regulatorische Massnahmen - Vollzug, WuR 1974, 27
Meier-Hayoz, Komm. ZGB	Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV I 1, Systematischer Teil und Art. 641-654 ZGB, 4. Auflage, Bern 1966 (zitiert nach Artikel und Note)
Meier-Hayoz/Rosenstock	Arthur Meier-Hayoz/Peter Rosenstock, Zum Problem der Grünzonen, ASR Heft 375, Bern 1967
Moor	Pierre Moor, Aménagement du territoire et propriété privée, ZSR 1976 II 365
J.P. Müller, Sozialrechte	Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung, ZSR 1973 II 687
P.H. Müller	Peter und Hansjakob Müller, Die Eigentumsgarantie und die Enteignung, Diss. Zürich 1966
Müller-Stahel/Rausch	Hans-Ulrich Müller-Stahel/Heribert Rausch, Der Umweltschutzartikel der Bundesverfassung, ZSR 1975 I 35
Müller-Stahel	siehe Mauch/Müller-Stahel und Umweltschutzrecht
Munz, N + H	Robert Munz, Natur- und Heimatschutz als Aufgabe der Kantone, Basel 1970
Munz, Landschaftsschutz	Robert Munz, Landschaftsschutzrecht, in: Umweltschutzrecht, 7
Munz	siehe auch Bloetzer/Munz

Nef, Wertordnung	Hans Nef, Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, in: FS Hans Huber, Bern 1961, 190
Oftinger	Karl Oftinger, Kriterien für die Bewilligung eines Sportflugplatzes, SJZ 1976, 137
Pfammatter	Otto Pfammatter, Zulässige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, Diss. Freiburg 1976
Pfenninger, Erteilung von Konzessionen	Peter Pfenninger, Die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen bei Fremdenverkehrsbahnen und Skiliften, Diss. Zürich 1968
Pfenninger, Umweltschutzrecht	Peter Pfenninger, Konzessionen und Bewilligungen für touristische Transportanstalten, in: Umweltschutzrecht, 69
Pfisterer	Thomas Pfisterer, Der Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung - eine Bilanz, ZBl 1975, 17
Rausch	siehe Müller-Stahel/Rausch
Rausser	Magdalena Rausser, Richtlinien Ortsbildschutz - Ortsbildgestaltung, Bericht Nr. 74.3, Planungsamt des Kantons Bern 1974
Rechsteiner	Alfred Rechsteiner, Die Kompetenzverteilung im Nationalstrassenbau, Diss. Zürich 1970
Reichlin	Paul Reichlin, Rechtsfragen der Landesplanung, ZSR 1947, 171 a
Rhinow, Kaiseraugst	René A. Rhinow, Ist das Verfahren zur Bewilligung des Kernkraftwerkes Kaiseraugst formell rechtmässig abgewickelt worden?, BJM 1976, 73
Rhinow	siehe auch Imboden/Rhinow
Rosenstock	Peter Rosenstock, Aktuelle Aspekte der Fortbildung des schweizerischen Planungsrechtes, ZSR 1971 I 171
Rosenstock	siehe auch Meier-Hayoz/Rosenstock
Ruck	Erwin Ruck, Schweizerisches Elektrizitätsrecht, Zürich 1964
Ruckli	Robert Ruckli, Die Strasse in der Umwelt, in: FS H.P. Tschudi, Bern 1973
Schaumann, Auslegung	Wilfried Schaumann, Gedanken zur Auslegung der neuen Verfassungsartikel über das Bodenrecht, SJZ 1970, 17

Schaumann, Landesplanung	Wilfried Schaumann, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht, Diss. Zürich 1950
Schindler	Dietrich Schindler, Rechtsfragen des Gewässerschutzes in der Schweiz, ZSR 1965 II 379
Schwarz	Walter Schwarz, Die Landwirtschaftszone unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechtes, Diss. Bern 1961
Sommer	Eduard Sommer, Natur- und Landschaftsschutz in der neuern Praxis des Bundesgerichts und in der Rechtsprechung des zürcherischen Verwaltungsgerichts, ZBl 1972, 2
Staeblin	Karl Staeblin, Die Eisenbahnkonzession nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1938
Suter	André Suter, Der Gestaltungsplan des bernischen Baurechts, Diss. Bern 1973
Teilleitbild Landschaftsschutz	Ernst Winkler u.a., Teilleitbild Landschaftsschutz (Landesplanerische Leitbilder der Schweiz), Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 18, Zürich 1974
Tinner	Rolf Tinner, Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Kantonen im Eisenbahnwesen, Diss. Zürich 1941
Tuason	Vicente Tuason, Das Recht der schweizerischen Post-, Telephon- und Telegraphenbetriebe, Bern 1959
Umweltschutzrecht	Hans-Ulrich Müller-Stahel (Hrsg.), Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973 (zitiert nach Autoren der einzelnen Beiträge, separat im Literaturverzeichnis)
Vollenweider	Walter Vollenweider, Neues Planungs- und Baurecht für den Kanton Zürich, ZBl 1975, 321
Wehinger	Urs Wehinger, Raumplanung und Regionen unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips, Diss. Zürich 1975
Werner	David Werner, Probleme der Grundsatzgesetzgebung des Bundes auf dem Gebiete der Raumplanung, Diss. Zürich 1975

Widmer	Peter Widmer, Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1966
Winkler, DISP 29/30	Ernst Winkler, Begriffe des Umweltschutzes, DISP Nr. 29/30, Zürich 1973, 7
Winkler	siehe auch Teilleitbild Landschaftsschutz
Zaugg, Komm. BauG	Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Bern 1971 (zitiert nach Artikel und Note)
Zingg	Max Zingg, Natur- und Heimatschutz, insbesondere nach sanktgallischem Recht, Diss. Zürich 1975
Zurbrügg, régime des eaux	Henri Zurbrügg, Aspects juridiques du régime des eaux en Suisse, ZSR 1965 II 201
Zurbrügg	siehe auch Loepfe/Zurbrügg

Zitierweise:

Die im Literaturverzeichnis aufgenommenen Werke werden mit dem Zitierstichwort (linke Spalte), Bandnummer (wenn mehrere Bände) und Seite angeführt. Wird statt auf die Seite auf Randziffern verwiesen, ist dies im Literaturverzeichnis vermerkt. Zeitschriften werden nur mit dem Jahr, nicht nach der Bandnummer zitiert (Ausnahme: BGE).

Abkürzungsverzeichnis

1. Im folgenden Verzeichnis sind nur die juristischen Abkürzungen aufgenommen. Die gebräuchlichen Abkürzungen der Umgangssprache werden in den Anmerkungen verwendet.
2. Erlasse sind mit der Abkürzung, die im Abkürzungsverzeichnis der BGE verwendet wird, aufgeführt. Im Abkürzungsverzeichnis ist nur die Kurzbezeichnung des Erlasses aufgeführt.
3. Bei Zeitschriften und Publikationsreihen ist der Erscheinungsort in diesem Verzeichnis in Klammer angeführt.
4. Kantonsnamen werden in den Anmerkungen mit dem Autokennzeichen abgekürzt.

AllgGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung
ArG	Arbeitsgesetz
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (Bern)
AtG	Atomgesetz
BauG	Baugesetz
BauV	Bauverordnung
BB	Bundesbeschluss
BBG	Bundesbahngesetz
BBVers	Beschluss der Bundesversammlung
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (offizielle Sammlung)
BMR	Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung
BPG	Bau- und Planungsgesetz
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung
DISP	Information zur Orts-, Regional- und Landesplanung (Zürich)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart)

EbG	Eisenbahngesetz
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EG	Einführungsgesetz
EKD	Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege
ElG	Elektrizitätsgesetz
ENHK	Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission
EVED	Eidgenössisches Verkehrs- und Energiedepartement
FPG	Forstpolizeigesetz
FPV	Forstpolizeiverordnung
FS	Festschrift
G	Gesetz
GarG	Garantiegesetz
GSchG	Gewässerschutzgesetz
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
KKW	Kernkraftwerk (in Anm.)
KLN	Schweizerische Kommission zur Erstellung einer Liste der zu erhaltenden Landschaften und Naturdenkmäler (zur Ausarbeitung des sogenannten KLN-Inventars)
LFG	Luftfahrtgesetz
LFV	Luftfahrtverordnung
MO	Militärorganisation
N + H	Natur- und Heimatschutz
NHG	Natur- und Heimatschutzgesetz
NHV	Natur- und Heimatschutzverordnung
NSG	Nationalstrassengesetz
NSV	Nationalstrassenverordnung
OG	Organisationsgesetz der Bundesrechtspflege
Pra	Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PVG	Postverkehrsgesetz
RLG	Rohrleitungsgesetz
RLS	Verordnung über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen
RLV	Rohrleitungsverordnung

RPG	Raumplanungsgesetz
SchT	Schlusstitel
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSLL	Schweizerische Stiftung für Landschaftsschutz und Landschaftspflege
StenBull StR/NR	Stenographisches Bulletin der eidgenössischen Räte, Ständerat, Nationalrat
SVG	Strassenverkehrsgesetz
UebBest	Uebergangsbestimmungen
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (bis 1963, seither VPB, Bern)
VerwGer	Verwaltungsgericht
V, Vo	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (seit 1964, vorher, VEB, Bern)
VRV	Verkehrsregelverordnung
VVo	Vollziehungsverordnung
WRG	Wasserrechtsgesetz
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Zürich)

Abkürzungsverzeichnis

1. Im folgenden Verzeichnis sind nur die juristischen Abkürzungen aufgenommen. Die gebräuchlichen Abkürzungen der Umgangssprache werden in den Anmerkungen verwendet.
2. Erlasse sind mit der Abkürzung, die im Abkürzungsverzeichnis der BGE verwendet wird, aufgeführt. Im Abkürzungsverzeichnis ist nur die Kurzbezeichnung des Erlasses aufgeführt.
3. Bei Zeitschriften und Publikationsreihen ist der Erscheinungsort in diesem Verzeichnis in Klammer angeführt.
4. Kantonsnamen werden in den Anmerkungen mit dem Autokennzeichen abgekürzt.

AllgGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung
ArG	Arbeitsgesetz
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (Bern)
AtG	Atomgesetz
BauG	Baugesetz
BauV	Bauverordnung
BB	Bundesbeschluss
BBG	Bundesbahngesetz
BBVers	Beschluss der Bundesversammlung
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (offizielle Sammlung)
BMR	Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung
BPG	Bau- und Planungsgesetz
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung
DISP	Information zur Orts-, Regional- und Landesplanung (Zürich)
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart)

wachsen hässliche Kühltürme aus dem Boden, deren Auswirkungen auf das Klima noch kaum voraussehbar sind; vom Werk aus wird die Energie in Hochspannungsleitungen weggeführt, die deshalb nicht verkabelt werden, weil der anderswo unaufhaltsame Fortschritt der Technik hier ausbleibt und die Verkabelung zu teuer ist.

Ich nahm mir vor, das rechtliche Instrumentarium des Landschaftsschutzes, die Massnahmen der Planung und die daraus folgenden Eigentumsbeschränkungen und andern Schutzbestimmungen zu untersuchen. Ich hoffte, durch eine vergleichende Darstellung der verschiedenen kantonalen Rechte und des Bundesrechts aufzeigen zu können, dass der Landschaftsschutz als Sache der Kantone [3] erfüllbar ist. Es wäre zu zeigen, dass das politische Druckmittel angekündigter Entschädigungsforderungen zu Unrecht sein Ziel so häufig erreicht und die Schutzbestimmungen schon am Entstehen hindert [4].

Es zeigte sich im Laufe der Arbeit, dass die umfassende Behandlung der skizzierten Problemstellung den Rahmen einer Dissertation sprengen würde. Die Kantone haben ganz verschiedene Ansatzpunkte für ihr Landschaftsschutzrecht. Diese Vielfalt könnte aber darüber hinwegtäuschen, dass "die Landschaft" ausser den wenig wirksamen Verunstaltungsverboten kaum geschützt ist. Darüber hinaus schafft das kantonale Recht in vielen Fällen

3) Art. 22 quater Abs. 1 BV: "eine durch die Kantone zu schaffende ... Raumplanung". Art. 24 sexies Abs. 1 BV: "Der Natur- und Heimatschutz ist Sache der Kantone".

4) Bei der sehr zurückhaltenden Praxis des Bundesgerichts, eine materielle Enteignung anzunehmen, ist es vom Recht aus unverständlich, weshalb z.B. die Ankündigung von Entschädigungsforderungen im Rahmen von Ortsplanungen und bei pflichtgemäss abzulehnenden Baugesuchen meistens Erfolg haben. Praktisch ist die Erscheinung erklärbar: Die Unsicherheit, vielleicht zu einer nicht aufbringbaren oder doch vor dem Bürger nicht zu verantwortenden Zahlung verurteilt zu werden, für die auch kein in Geld messbarer Gegenwert entsteht, führt meist zu einem Einlenken, wenn Beschwerden oder Einsprachen angedroht oder erhoben werden.

nur räumlich eng begrenzte Reservate, meist Naturschutzgebiete, die schon bisher wenig oder nicht landwirtschaftlich genutzt wurden. Grossräumige Landschaften oder das ganze Kantonsgebiet sind nur wenig geschützt.

Unter den Gründen, weshalb das kantonale Landschaftsschutzrecht die Erwartungen nicht erfüllt, die darin gesetzt wurden [5], und kantonale und kommunale Schutzvorschriften entweder fehlen oder nicht angewendet werden [6], sind folgende hervorzuheben:

1. Die Aufgabenteilung auf dem Gebiete des Landschaftsschutzes zwischen Bund und Kantonen ist trotz der eindeutig erklärten kantonalen Kompetenz nicht klar: Kantonale Schutzgebiete entfalten ihre Schutzwirkung, z.B. ein Bauverbot, nur gegen mögliche Beeinträchtigungen, die ebenfalls kantonalem Recht unterstehen; gegenüber bundesrechtlich normierten Vorkehren, z.B. Nationalstrassen, Kernkraftwerken oder Luftseilbahnen, ist ihre Respektierung nicht zum vornherein gesichert.

2. Die zahlreichen Bundesaufgaben, die sich auf die Landschaft auswirken, lähmen die Initiative der Kantone, Gebiete zu schützen, in denen die nach Bundesrecht möglichen Beeinträchtigungen ebenso wahrscheinlich sind wie jene, die der Kanton verhindern könnte. Warum sollen die Gemeinden in Fremdenverkehrsregionen den Bau einzelner Ferienhäuser, die in der Landschaft kaum in Erscheinung treten, verhindern, wenn der Bund früher oder später gleichwohl eine Luftseilbahnkonzession erteilt? Weshalb soll es einem Hausbesitzer verwehrt werden, sein Haus mit einer auffälligen Farbe zu bemalen, wenn das Gebiet schon durch Hochspannungsleitungen mit grell leuchtenden Flugsicherungskugeln verunstaltet ist?

5) Munz, Landschaftsschutz, 36
6) Munz, Landschaftsschutz, 37

3. Damit der Landschaftsschutz eine Verwirklichungschance hat, muss er bei jeder Gesetzgebung oder Rechtsanwendung, die sich in der Landschaft auswirkt, als wesentliches öffentliches Interesse einbezogen werden. Sowohl im Vorverfahren der Gesetzgebung wie in der Planung, Erstellung oder Bewilligung von Werken und Anlagen wird die Interessenabwägung, ob eine Beeinträchtigung der Landschaft in Kauf genommen werden müsse oder dürfe, entweder vom Spezialisten für die Sachaufgabe allein oder unter Beizug einer Fachinstanz für Natur- und Heimatschutz vorgenommen. Bei beiden Vorgehen können sich die Interessen der Landschaft schlecht durchsetzen: Im ersten Fall neigt der Techniker dazu, die messbaren Belange gewichtiger einzustufen als die kaum artikulierten Belange der Landschaft. Wird eine Fachinstanz beigezogen, so hat sie meist nur konsultative Funktion, und häufig wird ihnen Organen Weltfremdheit und unrealistische Einschätzung von Sachzwängen vorgeworfen.

4. Wirksamer Landschaftsschutz setzt eine Nutzungsplanung voraus, die mindestens das Baugebiet vom Nichtbaugebiet trennt. Für alle Nutzungszonen können auf diese Weise konkrete Schutzbestimmungen erlassen werden. Unter diesem Aspekt wirkt sich verhängnisvoll aus, dass vielerorts die Planung nicht mehr energisch vorangetrieben wird, weil man sich mit dem Gedanken beruhigt, das Gewässerschutzgesetz wirke der Zersiedlung auch schon genügend entgegen. Im Baugebiet nach Gewässerschutzrecht fehlen aber zumeist klare Gestaltungsvorschriften, und der Landschaftsschutz bleibt unberücksichtigt.

5. Landschaftsschutzgebiete, die der Erholung dienen, müssen in der relativ kleinräumigen Schweiz häufig nicht nur für die eigenen, sondern auch für die Bewohner von Nachbarkantonen bereitgestellt werden. Da Landschaftsschutz mindestens teilweise einen Verzicht auf maximale Nutzung darstellt, werden die Lasten zuungunsten der schon vorher wirtschaftlich schwächeren Gebiete verteilt. Umgekehrt üben bei Verzicht auf Landschaftsschutz die Erholungsgebiete

bis zur Zerstörung der Werte, die geschützt werden sollten, eine erhöhte Anziehung aus und werden wirtschaftlich entwickelt.

6. Die erheblichen Kosten des Landschaftsschutzes, die bei Auferlegung von Nutzungsbeschränkungen entstehen, können oft von den Kantonen oder Gemeinden nicht getragen werden [7]. Landschaftsschutz würde in finanzschwachen Kantonen einen höheren maximalen Subventionssatz erfordern.

Von diesen sechs Gründen hängen die ersten drei mit der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen zusammen, währenddem die weiteren mehr als Probleme einzelner Aufgabenbereiche erscheinen.

Bei den Fällen, in denen die Aufgabenverteilung kontrovers ist, zeigte sich, dass je nach der "Blickrichtung" eine unterschiedliche Schlussfolgerung gezogen werden kann: Vom Kanton aus betrachtet entsteht der Eindruck, dass der Bund die Kompetenz verteilung nicht immer korrekt einhält, indem er mitunter ungerechtfertigt den Vorrang des Bundesrechts beansprucht. In den umstrittenen Rechtsbereichen unterstehen Private eindeutig dem kantonalen Recht, das der Bundesaufgabe gegenüber unwirksam wird. Vom Bund aus betrachtet handelt es sich dagegen immer um eine eindeutig und korrekt ausgeübte Kompetenz. Anders ausgedrückt stellte sich die Frage, ob der Bund in Ausübung seiner Aufgaben kompetenzgerechtem kantonalen Recht unterstehe oder generell von dessen Einhaltung befreit sei.

Diese Frage wurde bisher durch rein praktische Güterabwägungen und durch Verhandlungen gelöst [8] oder in den wenigen wissenschaftlichen Arbeiten darüber klar zugunsten des Bundes beant-

7) Hunziker, Mitwirken des Bundes, 3 f.

8) Siehe dazu die Zusammenstellung der älteren Praxis bei Burckhardt, Bundesrecht Bd. 1, Nr. 283 ff., ders., Komm. BV, 17.

wortet [9]. Diese Vorgehen befriedigen beide nicht: Die erste Methode bringt Zufälligkeiten und rechtliche Ungleichheiten mit sich [10]; die zweite widerspricht dem Bundesstaat, der auf der Achtung der gegenseitigen Wirkungsbereiche aufbaut. Da die Umkehrung der zweiten Lösung, eine bindende Verpflichtung des Bundes auf das kantonale Recht, möglicherweise die Kantone zu bundeswidrigem Verhalten verleiten könnte, muss die richtige Lösung in einer Abwägung der Geltungsansprüche der sich gegenüberstehenden Normen des Bundes und der Kantone zu finden sein, die sowohl der geforderten Bundestreue, der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit Genüge tut.

Dieses Ergebnis ist aber nur zu erzielen, wenn man die bis heute herrschende Vorstellung, dass zum Erlass einer Norm immer nur ein Gemeinwesen zuständig sei [11], aufgibt und zugesteht, dass für einen bestimmten Sachverhalt sowohl Bund wie Kantone Normen aufstellen. Die falsche Vorstellung, dass sich die Kompetenzen von Bund und Kantonen immer gegenseitig ausschliessen, geht von einem hoheitlichen Kompetenzverständnis aus. Dieses hilft nur bei der Ausscheidung einer einzelnen Gesetzgebungsbefugnis, die, soweit sie dem Bund zugewiesen ist, dem Kanton entzogen ist. Geht man dagegen von einem lebensnaheren Kompetenzbegriff aus, der die rechtliche Einwirkung auf einen bestimmten Lebenssachverhalt bedeutet, dann können mehrere Kompetenzen auf diesen einen Sachverhalt anwendbar sein, ohne einander auszuschliessen.

Diese Erscheinung mehrerer Kompetenzen, die auf denselben Lebenssachverhalt Anwendung erheischen, nenne ich Kompetenzkumulation. Ich setze mich damit bewusst dem Vorwurf aus,

9) Siehe die Arbeiten von E. Hauser und Widmer.

10) Das rügt auch Huber, Einheit der Rechtsordnung, 484.

11) Mit Ausnahme der sog. Parallelkompetenzen, siehe dazu unten 2.1, S. 31 f.

etwas einzuführen, das es begrifflich gar nicht geben könne. Ich räume ein, dass die behauptete Kompetenzkumulation nicht eine notwendige Erscheinung in jedem Bundesstaat ist, sondern sie ist das Ergebnis der für die Schweiz typischen Uneinheitlichkeit der Umschreibung der Kompetenzen [12]. Es treffen nicht nur Kompetenzen des Bundes und der Kantone aufeinander, sondern es kumuliert sich häufig auch der Geltungsanspruch mehrerer Normen eines Gemeinwesens, entweder indem beide Normen kumulativ angewendet werden können oder auch, indem die Anwendung der einen jene der andern ausschliesst.

Die Kompetenzkumulation führt nicht zur "Lösung", dass für eine Frage entweder das Bundesrecht oder das kantonale Recht Anwendung finden kann. Viel häufiger als der nichtausräumbare Widerspruch ist die Möglichkeit der Konkordanz, der gleichzeitigen Verwirklichung beider kumulierten Normen. Die Konkordanz wird hergestellt durch die Beschränkung des Auslegungs- oder Ermessensspielraumes auf den Bereich, in welchem sich die Normen nicht ausschliessen. Das Bundesrecht ist auch kantonalrechtskonform anzuwenden, wie umgekehrt das kantonale Recht bundesrechtskonform.

Zur Illustration der in Kap. 2 theoretisch zu untermauernden These, wie eine Kompetenzkumulation zu behandeln sei, eignet sich der Landschaftsschutz sehr gut. Als nicht in den Kompetenzbestimmungen der BV genannter Aufgabenbereich spielen in den Landschaftsschutz zahlreiche Kompetenzen des Bundes und der Kantone hinein, die nach Konkordanz oder Ausgrenzung verlangen. Ihre befriedigende Koordination, die Verwirklichung des Landschaftsschutzes, wäre praktizierte Bundesstaatlichkeit.

12) Siehe unten 2.1, S. 29 ff.

Obwohl es nützlich erscheint, den Begriff der Kompetenzkumulation einzuführen und zu verwenden, darf er nicht überbewertet werden. Er zeigt nicht mehr als ein Problem an, das einzelfallweise erscheint und auch so gelöst werden muss. Die Lösung ist über eine vernünftige und rücksichtsvolle Gesetzgebung vorzubereiten und mit einigen Grundsätzen der Behebung entstehender Widersprüche herbeizuführen. Wegen der bloss relativen Bedeutung des Begriffes der Kompetenzkumulation wird dieser auch nicht im Titel der Arbeit aufgenommen. Wird eine Kompetenzkumulation festgestellt, so ist zu entscheiden, wie die Aufgaben zu verteilen sind und wie sie koordiniert werden können.

1.2 Begriffe

1.21 Der Begriff der Landschaft

Unter einer "Landschaft" ist "ein Gebiet zu verstehen, das eine gewisse Ausdehnung aufweist, dabei aber infolge bestimmter Eigenarten gleichwohl als Einheit in Erscheinung tritt" [13]. Landschaft wird damit einerseits gegen das einzelne Objekt [14] und das kleinräumigere Landschaftsbild [15], andrerseits gegen grossräumigere geographische oder politische Einheiten abgegrenzt.

13) BGer in ZBl 1964, 159, ebenso BGE 90 I 341, Bühler, N + H, 80.

14) z.B. Bäume, kleine Gewässer, Findlinge, eigentümliche geologische Formationen, Höhlen, usw. Je nach ihrem Wert werden solche Objekte auch Naturdenkmäler genannt, dazu kommen alle vom Menschen geschaffenen landschaftsbedeutsamen Objekte. Zusammenstellungen bei Hangartner, Naturschutz, 238, Sommer, 8.

15) Begriff des Landschaftsbildes: BGE 90 I 341: "... ein zusammenhängendes, einen einheitlichen Anblick bietendes Objekt von verhältnismässig begrenztem Umfang". Ebenso BGE 89 I 471.
ZBl 1952, 272: "der natürliche Zustand eines in sich geschlossenen Ausschnittes der Landschaft".
Beiden Definitionen ist gemeinsam, dass sie die optische Erscheinung erfassen, möglicherweise sogar beschränkt auf eine bestimmte Blickrichtung, etwa von einem Aussichtspunkt aus.

In der Praxis wurden recht umfangreiche Gebiete als Landschaften bezeichnet, z.B. folgende Seen und die sie umgebenden Geländekammern: Der Sempachersee [16], der obere Zürichsee [17], der Greifensee [18], der Pfäffikersee [19] und der Hallwilersee [20]. Als Landschaften wurden ferner qualifiziert das Aaretal nördlich Bern bei Bremgarten [21], das Eigental bei Bassersdorf ZH [22], das Bachsertal ZH [23] und die Coteau de l'Abbaye in Bevaix NE [24]. Die genannten Landschaften umfassen nicht nur unüberbautes Gelände, sondern auch Ortschaften, Weiler und Einzelhöfe. Grössere überbaute Flächen, insbesondere auch Industriegebiete sind dagegen nicht immer nur "Einzelbestandteile" von Landschaften, sondern bilden entweder selber eine Landschaft oder trennen verschiedene selbständige Landschaften.

Raumplaner verwenden bisweilen einen anderen Landschaftsbegriff: Sie gehen vorerst von den zwei Haupttypen Natur- und Kulturlandschaft aus, verwenden aber später "Landschaft" nur noch für das Nicht-Siedlungsgebiet, also unüberbautes oder nur mit wenigen Gebäuden besetztes Gebiet [25]. Landschaft bedeutet nach dieser Terminologie nicht mehr einen bestimmten geographisch umgrenzten Raum, eine "bestimmbare Teileinheit der terrestrischen Umwelt" [26], sondern eine qualitative Beschaffenheit, die nicht lokalisiert ist. Dieser

16) BGE 90 I 334 ff.

17) BGer in ZBl 1964, 157 ff.

18) BGE 84 I 167 ff., ZR 65, Nr. 1

19) ZBl 1950, 314

20) BGE 87 I 254 ff.

21) BGE 87 I 515 ff.

22) BGE 94 I 52 ff., Pra 57 Nr. 20

23) BGE 96 I 234 ff.

24) BGE 91 I 329 ff.

25) Nach Winkler, DISP 29/30, 9, wird dieser Landschaftsbegriff v.a. in Deutschland verwendet. Teilleitbild Landschaftsschutz, 10, bezeichnet dies als "falsche Auffassung".

26) Winkler, DISP 29/30, 8

Landschaftsbegriff liegt sicher auch verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen, wissenschaftlichen oder planerischen Arbeiten zugrunde: Sowohl der Planer wie der Gesetzgeber finden hier eine sinnvolle und abstrakte Umschreibung für einen Arbeits- oder Regelungsbereich, welcher bestimmbare Elemente des gesamten Raumes erfasst und hauptsächlich die Bereiche der Siedlung und der Infrastruktur ausklammert. Dieses Vorgehen wählt auch das Teilleitbild Landschaftsschutz des ORL-Instituts der ETH Zürich, das zwar vom umfassenden Landschaftsbegriff ausgeht [27], aber später aus praktischen Gründen nur die drei engeren Bereiche "Natur- und Landschaftsschutz", "Erholungslandschaftsschutz" und "Landschaftspflege" behandelt [28].

Dass nur als Landschaft gilt, was durch bestimmte Eigenschaften eine Einheit bildet, bedeutet nicht, dass eine bestimmte Landschaft durch eine einheitliche rechtliche Regelung erfasst werden müsse. Innerhalb eines grösseren Raumes gibt es möglicherweise Räume unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit und Bedeutung. Es werden deshalb räumliche Untergliederungen gemacht, die gesamte Landschaft in mehrere Schutzzonen aufgeteilt oder bestimmte generell umschriebene besondere Elemente der Landschaft geschützt, was auf den Raum bezogen auch eine unterschiedliche Regelungsintensität ergibt.

Längere Zeit war es umstritten, ob zum Landschaftsbegriff auch der sogenannte "besondere Schönheitswert" gehöre. Bei dieser Betrachtungsweise wurde von einer "Landschaft" erst gesprochen, wenn der betreffende Geländeteil einen besonders

27) Teilleitbild Landschaftsschutz, 8 f.: "Der Begriff Landschaft ist an sich eindeutig: ... Die Gesamtheit der Sinneseindrücke ..., die ein Stück Erdoberfläche mit dem darüber befindlichen Bereich des Himmels und die dazwischen sich findenden Erscheinungen der Luft, Gewässer, Pflanzen, Tiere, Menschen und Menschenwerke in der menschlichen Vorstellung wecken."

28) Teilleitbild Landschaftsschutz, 12

hohen Schutzwürdigkeitsgrad aufwies, der sich dazu nur auf die optische Erscheinung bezog. Die Kontroverse, die daraus zu erklären ist, dass Landschaftsschutzbestimmungen bei sonst kaum beschränkter Baubefugnis als gravierende Eigentumsbeschränkungen erschienen, betraf vor allem die zahlreichen Zürcher Schutzverordnungen, welche der Regierungsrat gestützt auf § 182 EG ZGB (ZH) erlassen hatte. In BGE 93 I 263, E.3b gab das Bundesgericht seine bisherige Praxis auf und anerkannte auch den Schutz von Landschaften ohne besonderen Schönheitswert [29]. Diese Praxisänderung ist sicher richtig, kann doch der Grad der Schutzwürdigkeit bei der Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit des Eingriffes genügend gewürdigt werden, so dass es sich erübrigt, einer von der zuständigen Behörde erlassenen Vorschrift schon die Qualifikation als gesetzliche Grundlage abzusprechen. Bei den zahlreichen Regelungen, die nur qualifizierte Landschaften schützen, bleibt der besondere Schönheitswert weiterhin eine Eingriffsvoraussetzung, doch erscheint er als zusätzliches Element und nicht als Begriffsmerkmal der Landschaft [30].

Bei Behandlung von Landschaftsschutzfragen ist immer klärungsbedürftig, welcher Landschaftsbegriff in einer Aussage verwendet wird; der weitere, der sich auf einen geographischen Raum bezieht, oder der engere, qualitative, der Landschaft als unüberbauten Raum versteht. Es ist nicht möglich und

29) Im zu beurteilenden Fall konnte gleichwohl der Regierungsrat nicht durch Einzelverfügung die Wiederauffüllungspflicht nach der Kiesausbeutung anordnen, weil § 182 EG ZGB Schutzmassnahmen nur "auf dem Verordnungswege" erlaubt. Siehe auch BGE 94 I 59 f.

30) Siehe Art. 2 litt. b BMR. Die Vo Art. 3 umschreibt den besonderen Schönheitswert wie folgt: "Landschaften von besonderer Schönheit und Eigenart zeichnen sich aus durch die Unberührtheit der Natur, die darin lebende Tier- und Pflanzenwelt, durch harmonische oder eigenartige Formen und Farben oder durch ausgewogene Wechselwirkung zwischen Natur und Kultur". Andere Beispiele: § 1 NHV-ZH, Art. 6 BauV BE, § 1 NHV-LU, § 1 NHV-SZ, Art. 1 NHV-OW, usw.

nicht sinnvoll, den einen oder andern Begriff als "richtig" zu erklären und sich darauf festzulegen. Es ist aber bei der Erörterung jeweils zu fragen, in welchem Sinn "Landschaft" verwendet wird.

1.22 Der Begriff des Schutzes

Der Begriff "Schutz" wird in Literatur und Praxis jeweils ohne nähere Begründung vorerst gleichbedeutend mit Gefahrenabwehr verstanden, als Verhinderung bestimmter menschlicher Verhaltensweisen, die das geschützte Objekt beeinträchtigen könnten. Im Bereiche der Schutzgüter Landschaft und Ortsbild würde "Schutz" demnach das Verbot der Betätigung bestimmter Eigentümerbefugnisse bedeuten, inbegriffen das Verbot von Eingriffen durch Dritte in Bereichen, die entweder der Eigentümerherrschaft entzogen oder die vom Eigentümer widerspruchslos geduldet werden [31].

Die Regelungen des Landschaftsschutzes wie auch des Natur- und Heimatschutzes, Denkmalschutzes, Umweltschutzes usw. haben bewusst oder unbewusst den engen Begriffsbereich von "Schutz" gesprengt und beziehen auch die Gebote zu bestimmten Verhaltensweisen und konkreten Leistungen [32] ein.

Im Bereiche dieser Arbeit stellt sich in diesem Zusammenhang das Problem, ob "Landschaftsschutz" auch die sogenannte "Landschaftspflege" umfasse.

31) Die zweitgenannte Kategorie kann für den Landschaftsschutz sicher meist vernachlässigt werden, weil v.a. bauliche Vorkehren Gegenstand sind; sie hat aber grosse Bedeutung im Tier- und Pflanzenschutz, z.B. Pflanzenpflückverbote, Pilzschutzbestimmungen.

32) z.B. Unterhaltsverpflichtung bei Gebäuden, Wiederherstellung des früheren Zustandes nach Kiesausbeutung, Zwangsanschluss an Gemeinschaftsantennen, verbunden mit Beitragsleistungen.

In der deutschen Literatur werden "Schutz" und "Pflege" bisweilen auseinandergehalten, indem unter Schutz die Abwehr menschlicher Eingriffe und unter Pflege die Bewahrung des Bestehenden und seine sachgerechte Erhaltung verstanden wird [33].

Ein neuerer Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichtes [34] greift diese scharfe begriffliche Trennung auf und zieht daraus Schlüsse, welche auf die Beurteilung von Schutzvorschriften entscheidende Bedeutung ausüben können: Es erklärte eine Unterstellung zweier Gebäude in Zürich unter Denkmalschutz als "untauglich" und die daraus hervorgehenden Eigentumsbeschränkungen als "unnötig" und deshalb unverhältnismässig, weil die Gebäude renovationsbedürftig seien und aus diesem Grunde nicht ohne gleichzeitige denkmalpflegerische - d.h. hier finanzielle - Vorkehren des Gemeinwesens unter Schutz gestellt werden dürften. Der Regierungsrat, an den die Angelegenheit zurückverwiesen wurde, stand damit unter dem Zwang, die unbestrittenermassen schützenswerten Gebäude, die der Eigentümer abbrechen wollte, in allernächster Zeit mit staatlicher Hilfe zu renovieren oder ihre Zerstörung in Kauf zu nehmen. Schutz und Pflege sind nach dieser Auffassung verschiedene Bereiche; in bestimmten Fällen wird die Befugnis zum Schutz nur bejaht, wenn der Staat die Erhaltung bezahlt, die dem Eigentümer offenbar nicht durch "Schutz"vorschriften zugemutet werden darf.

Diese begriffliche Trennung des Schutzes im Sinne von Verboten für den Eigentümer von der Pflege unter Einsatz staatlicher Mittel ist nicht zwingend. Art. 24 sexies Abs. 2 BV

33) Bernet, 1 f., unter Verweis auf R. Zoller, Der verwaltungsrechtliche Schutz der Kulturdenkmale im sozialen Rechtsstaat, Diss. Würzburg 1965; H. Doerge, Das Recht der Denkmalpflege in Baden-Württemberg, Stuttgart 1971.

34) Entscheid vom 24. November 1972, ZBl 1973, 195 ff.

nennt zwar auch "schonen" und "ungeschmälert erhalten" als Unterbegriffe von "schützen", doch geht es hier um die Beeinträchtigung durch staatliche Vorkehren. Bei Schutzmassnahmen, die sich gegen Vorkehren des Eigentümers richten, ist eine Verpflichtung des Staates zu gleichzeitiger pflegerischer Massnahme nur dort angebracht, wo bei ihrem Unterbleiben ein auch vom Eigentümer nicht aufzuhaltender Verfall mit einer Gefahr für Menschen verbunden wäre. Liegt diese konkurrierende Gefahr nicht vor, so müssen sicher staatliche Leistungen toleriert werden, die um einige Jahre zeitverschoben sind.

Das Zürcher Verwaltungsgericht geht von einem engen Begriff des Schutzes im Sinne von Verboten für den Eigentümer aus. "Schutz" erschöpft sich aber nicht in solchen Massnahmen: Der Begriff wird treffender mit "Erhaltung" gleichgesetzt, welcher die Elemente der Abwehr durch Verbote und der Konservierung durch Pflegegebote (an den Eigentümer und den Staat) enthält. Das Bundesgericht anerkennt die Möglichkeit, dass durch Eigentumsbeschränkungen positive Leistungspflichten auferlegt werden [35]. Es können also pflegerische Massnahmen innerhalb zumutbarer Grenzen im Rahmen von Schutzbestimmungen dem Eigentümer auferlegt werden. Uebersteigt der notwendige Aufwand die zumutbaren Möglichkeiten des Eigentümers und tritt deshalb die staatliche Leistung in den Vordergrund, wird es allerdings zu einer Trennung von Abwehrnorm und Ermächtigung zu staatlicher Leistung kommen. Für die staatliche Pflege braucht die Verwaltung eine Grundlage im Gesetz und einen Ausgabenbeschluss der dafür zuständigen Behörde. Pflege und "Schutz" fallen dann auseinander, mit der Wirkung für den Eigentümer, dass die Nutzungsbeschränkung durch eine staatliche Leistung gemildert wird.

35) BGE 97 I 795, ZBl 1965, 148.

Die Ausrichtung der staatlichen Leistung richtet sich aber m.E. nach der Möglichkeit, den Finanzbedarf bei pflichtgemässer Erfüllung der Aufgaben zeitgerecht aufzubringen. Es stünde dem Verwaltungsgericht nur zu, die "Untauglichkeit" der Massnahme verbindlich festzustellen, wenn der Schutz rechtsmissbräuchlich vorgeschoben und die erhaltende Leistung mit Sicherheit nicht zeitgerecht zu erwarten wäre; andernfalls könnte das Gericht allenfalls das Vorliegen der Voraussetzungen einer materiellen Enteignung feststellen. Von dort ist wahrscheinlich die Argumentation des Verwaltungsgerichtes beeinflusst, gilt doch im Bereich der materiellen Enteignung als feststehend, dass das Gemeinwesen entweder für die daraus erwachsenden Kosten aufkommen oder dann auf die Eigentumsbeschränkung verzichten muss, dass also die finanzielle Leistungsfähigkeit keinen Einfluss auf das Bestehen der Entschädigungspflicht hat [36].

Unter dem Begriff des Schutzes können also sowohl negative, gefahrenabwehrende wie auch gestalterische und zu positiven Leistungen verpflichtende Massnahmen verstanden werden [37]; diese werden entweder durch den Eigentümer oder den Staat erbracht. Der Begriff des Schutzes kann in Anlehnung an die Formulierung der Kommission für kulturelle Angelegenheiten des Europarates wie folgt umschrieben werden [38]: "Schutz" umfasst die Begriffselemente der Bewahrung vor dem Zerstörtwerden, der Instandhaltung und Wiederinstandstellung sowie der sozialen Aufwertung der gefährdeten Objekte, allen-

36) Zimmerli, ZBl 1973, 145, BGE 97 I 650, ZBl 1941, 342

37) so auch Teilleitbild Landschaftsschutz, 9

38) Sie bezieht sich dort auf den Denkmalschutz und muss deshalb leicht abgeändert werden; zitiert nach "Europäisches Jahr für Denkmalpflege und Heimatschutz 1975", 9.

falls auch ihre Umfunktionierung für eine zeitgemässe Aufgabe [39].

1.23 Der Begriff des Landschaftsschutzes

Für die Erfassung des Landschaftsschutzes ist von einem nicht zu eng gefassten Schutzbegriff auszugehen [40]. Diesem sind die beiden genannten Landschaftsbegriffe zuzuordnen [41].

Wird sowohl die überbaute wie die unüberbaute Landschaft einbezogen und die Betrachtung einzelner geographischer Räume überschritten, erhalten wir einen "umfassenden Landschaftsschutz" [42], der einem weitgefassten Umweltschutz gleichgesetzt werden kann [43].

Soll der Landschaftsschutz dagegen nur unüberbautes Gelände erfassen, so ist er im wesentlichen dem Naturschutz gleichzusetzen [44].

Die Schwierigkeit der Erfassung des Landschaftsschutzes liegt darin, dass verschiedene Schutzaspekte unterschieden werden

39) Munz, 19 f., gibt keinen Hinweis auf den erweiterten Schutzbegriff, doch versteht er Natur- und Heimatschutz in einem sehr umfassenden Sinn. Zingg, 24, versteht unter Schutz Abwehr und Erhaltung. Ebnöther, 27 ff., betont die Erhaltung und positive Gestaltung als Wesen des Heimatschutzes, begründet in einem betont liberalen Staats- und Polizeiverständnis. Bernet, 1 f., trifft eine klare Trennung, ähnlich wie das ZH-VerwGer, und zieht die Konsequenz, dass er "Pflege" zum Oberbegriff macht, der "Schutz" voranzugehen hat.

40) siehe oben 1.22, S. 12

41) siehe oben 1.21, S. 8

42) Dieser Begriff wird im Teilleitbild Landschaftsschutz, 10, verwendet.

43) Teilleitbild Landschaftsschutz, 10

44) Teilleitbild Landschaftsschutz, 10, Sommer passim.

müssen, die sich bei der Verwirklichung des Schutzes konkurrenzieren und sogar ausschliessen können [45].

Imholz [46] nennt als drei primäre Motivationen die ethische, ästhetische und wissenschaftliche, zu denen als sekundäre die soziale, staatspolitische und wirtschaftliche Motivation hinzutreten.

Hunziker nennt als Ziele des Landschaftsschutzes:

"1. Wahrung des Gleichgewichtes im Naturhaushalt und der Harmonie in der nachhaltig zu nutzenden Kulturlandschaft.

2. Erhaltung von Landschaftsabschnitten und -elementen von bedeutsamem Schönheitswert.

3. Erhaltung in ihrem Fortbestand gefährdeter und für die Naturforschung unentbehrlicher natürlicher Standorte und Naturdenkmäler sowie Tier- und Pflanzenarten." [47]

Diese Zielsetzungen sind einerseits sehr umfassend, andrerseits nur auf die natürliche Landschaft bezogen. Es sind dies eher die Zielsetzungen des Naturschutzes, allerdings nicht nur auf die gefährdete Fauna und Flora ausgerichtet, sondern auf alle unüberbauten Gebiete. Die Landschaft als Erholungsraum und die Einordnung nicht zu verhindernder tech-

45) Sommer, 5, weist darauf hin, dass sich Naturschutz und Erholungszweck der Landschaft oft widersprechen. Dieser Widerspruch tritt v.a. dort zutage, wo die Landschaft einerseits die notwendige Grundlage für den Tourismus bildet, andrerseits aber durch touristische Erschliessung (Verkehrsanlagen, Uebernachtungs- und Gastwirtschaftsbetriebe usw.) und durch die vermehrte Begehung den landschaftlichen Wert verliert. Siehe dazu v.a. Jost Krippendorf, Die Landschaftsfresser, Bern 1975

46) Imholz, 24 f., der allerdings die Motivationen des Natur- und Heimatschutzes aufzählt. Diese dürften für den Landschaftsschutz ebenfalls zutreffen. Eine ähnliche, jedoch nicht so stark differenzierende Aufgliederung der Motive bei Munz, Landschaftsschutz, 8.

47) Hunziker, Landschaftsschutz, 2

nischer und baulicher Werke in die Landschaft werden mit der Zielsetzung, die stark auf Konservierung eines noch nicht beeinträchtigten Bestandes ausgerichtet ist, nicht erfasst.

Sommer geht mehr von der Umschreibung der Schutzwürdigkeit aus: "Schützenswert ist eine Landschaft wegen Unberührtheit, Stille, Urtümlichkeit, Weiträumigkeit, besonderer topographischer Formationen, Zusammenklanges von offenem Kulturland mit Riedland, Wald, stehenden und fliessenden Gewässern sowie mit Bauten und Siedlungen von überlieferter Bauweise, ausserdem wegen wissenschaftlichen Interesses." [48] Sommer umschreibt die schutzwürdigen Werte nach der Praxis des Zürcher Rechts, das stark durch das Ausscheidungskriterium des "besonderen Schönheitswertes" [49] geprägt ist. Er trennt den Landschaftsschutz grundsätzlich vom Schutz der Bausubstanz, den er ganz dem Ortsbildschutz im Rahmen der Baugesetzgebung zuweist [50].

Munz umschreibt den Landschaftsschutz als Teilgebiet des Natur- und Heimatschutzes wie folgt: "Erhaltung von Harmonie und natürlicher Schönheit der Landschaft im allgemeinen und einzelner auserwählter, begrenzter Gebiete sowie anderer, von Natur aus bestehender, schöner, seltener oder wissenschaftlich interessanter Gegenstände im besonderen" [51]. Später setzt er den Begriff im wesentlichen jenem des "Natur- und Heimatschutzes" gleich [52], schliesst also den Schutz

48) Sommer, 9. Sommer betrachtet offenbar Natur- und Landschaftsschutz als weitgehend dasselbe.

49) siehe dazu oben 1.21, S. 10 f.

50) Sommer, 8 f.

51) Munz, N + H, 19

52) Munz, Landschaftsschutz, 8

der Ortsbilder, Kulturdenkmäler und historischen Stätten [53] sowie den Naturschutz ein [54].

Beim engeren Landschaftsschutzbegriff erfasst Munz im wesentlichen nur den optischen Landschaftsschutz vor Verunstaltung durch Bauten und andere Anlagen, zugleich den Schutz der Landschaft als Lebensraum der Pflanzen und Tiere, die im übrigen als einzelne Arten und in begrenzten Lebensräumen (Biotopen) durch den Naturschutz erfasst werden [55].

Das Teilleitbild Landschaftsschutz umschreibt den Begriff wie folgt: "Durch Schutzmassnahmen soll eine harmonische Entwicklung dieser Gesamtlandschaft (= der Schweiz) gewährleistet werden, welche die optimale Voraussetzung für das individuelle und soziale Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen darstellt und zugleich eine nachhaltige, naturschonende Nutzung garantiert" [56].

Diese Definition umschreibt den umfassenden Landschaftsschutz und ist nicht auf konservierende Abwehrmassnahmen beschränkt, sondern legt das Hauptgewicht auf die Steuerung der Entwicklung. Sie versucht auch die teilweise gegenläufigen Interessen an einer intensiven Bodennutzung und an der Erhaltung der Vielfalt der Natur zu harmonisieren.

Beim Vergleich der Umschreibungen von Hunziker, Sommer und Munz mit jener des Teilleitbildes Landschaftsschutz fallen zwei Hauptunterschiede auf:

1. Dem engen Anwendungsbereich "Naturschutz" steht der umfassende des Umweltschutzes in einem weit verstandenen Sinn gegenüber.
2. Die eine Gruppe versteht unter Landschaftsschutz mehr das "Geschützte", das rechtliche Ergebnis der Schutzbestrebun-

53) Munz, N + H, 20
54) Munz, Landschaftsschutz, 7
55) Munz, N + H, 19
56) Teilleitbild Landschaftsschutz, 10

gen, die andere Umschreibung betont das "zu Schützende" und damit den gesamten Vorgang der Erarbeitung von Schutznormen, d.h. den Planungsprozess; Schutz ist bei dieser Betrachtungsweise aber auch eine sich ständig stellende Aufgabe, die nie abgeschlossen ist.

Auf den ersten Unterschied ist nicht zurückzukommen [57]; er ist im positiven Landschaftsschutzrecht durch die verschiedenartige Verwendung des Begriffs der Landschaft niedergelegt, und es ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, welcher Landschaftstyp geschützt ist.

Der zweite Unterschied kann nicht auf das Gegensatzpaar Landschaftsschutzrecht und Landschaftsplanung reduziert werden. Wohl befindet sich das traditionelle Landschaftsschutzrecht im eher statischen Bereich: Es umfasst die grundeigentumswirksamen Eigentumsbeschränkungen und gewisse Verhaltenspflichten für jedermann [58]; die Voraussehbarkeit der Rechtsfolge verlangt vorwiegend repressive Wirkung statischer Normen. Handlungsnormen, die sich an Behörden richten, sind im traditionellen Landschaftsschutz fast durchwegs Ermächtigungen an Behörden, Schutzgebiete auszuscheiden und weitere materielle Normen zu erlassen [59]. Im umfassenden Landschaftsschutz finden wir neben der Landschaftsplanung auch die Landschaftspflege durch den Staat

57) siehe dazu oben 1.21, S. 8 und S. 11

58) Typische Beispiele dafür sind die Bestimmungen über geschützte Pflanzen und Tiere, die aber kaum mehr zum Landschaftsschutz im engern Sinn gehören. Für die Landschaft relevant sind davon höchstens Verbote, die Pflanzen auf öffentlichem Grund betreffen, etwa das Verbot, Schilf und Binsen abzuschneiden (Art. 4 HeimatschutzV OW).

59) Typisch dafür § 182 EG ZGB (ZH), auf den sich das gesamte Zürcher Natur- und Heimatschutzrecht stützte (bis zum Erlass des Planungs- und Baugesetzes vom 7.9.1975).

und verschiedene Verhaltensnormen für den Staat [60] und den Einzelnen [61]. Dadurch, dass der gesamte Raum vom Landschaftsschutz erfasst wird und nicht nur ausgewählte Einzellandschaften, verlieren die Verhaltensnormen zum Teil ihre direkte Anwendbarkeit und den Charakter als verbindliche Handlungsanweisungen [62]. Sie werden zu Zielbestimmungen, die einen mehr oder weniger weiten Handlungsspielraum freilassen. Die Landschaftsschutzverpflichtung des Einzelnen, v.a. des Grundeigentümers, wird nicht mehr direkt aus der Norm ersichtlich, sondern erst durch die Anwendung durch eine Behörde konkretisiert [63].

Beim Verwenden des Begriffes "Landschaftsschutz" ist jeweils zu prüfen, ob es sich mehr um den planerischen, instrumentalen Begriff handelt, bei welchem die Eingrenzung noch nicht so wichtig ist, weil auf die Tätigkeit der Behörden vor der Ueberführung in grundeigentümerwirksame Massnahmen eine nochmalige Kontrolle durch eine vorgesetzte Behörde oder die Stimmbürger folgt. Wird "Landschaftsschutz" als rechtliches, grundeigentümerwirksames Instrumentarium verstanden, muss eine Begrenzung des Begriffes vorgenommen werden:

60) z.B. Art. 24 sexies Abs. 2 BV, Art. 2 ff. NHG

61) Als Beispiele dafür kann auf die zahlreichen baurechtlichen Normen im kantonalen und kommunalen Recht verwiesen werden, welche die Gestaltung ordnen, ohne dass sie der polizeilichen Gefahrenabwehr dienen.

62) Ein eindrückliches Beispiel des Verlustes der direkten Anwendbarkeit ist Art. 10 des VE für ein Umweltschutzgesetz vom 18.12.1973, WuR 1975, 33, der als allgemeine Verhaltensvorschrift erreichen will, dass sich jedermann umweltgerecht verhält.

63) Siehe dazu im ZH-PBG den III. Titel "Der Natur- und Heimatschutz" (§ 203 ff.), der keine unmittelbar grundeigentumswirksamen Bestimmungen, sondern ausschliesslich Handlungsanweisungen an die Planungsbehörden enthält. Siehe insbesondere § 213, der dem Grundeigentümer einen "Anspruch auf Entscheid" über Schutzwürdigkeit und Schutzmassnahmen gibt.

Landschaftsschutz in diesem Sinne umfasst Massnahmen zur Erhaltung der natürlichen, kultivierten und überbauten Gebiete als Eigenwerte, in ihrer Funktion für das Wohlbefinden des Menschen und als Lebensraum für Pflanzen und Tiere. Erhaltung bedeutet Bewahrung vor Beeinträchtigungen durch menschliche Eingriffe und die Wiederherstellung beeinträchtigter Elemente.

1.3 Landschaftsschutz und andere, die Landschaft schützende Rechtsgebiete

1.31 Ortsbildschutz

Der Ortsbildschutz erfasst den überbauten Raum, sobald es sich um eine Baugruppe handelt, die als Ortschaft bezeichnet werden kann. Das einzelne Gebäude oder die kleine Gebäudegruppe im unüberbauten Gelände sind als Teile der Landschaft durch Schutznormen erfasst. Dagegen sind unüberbaute Flächen innerhalb einer Ortschaft, z.B. Grün- oder Freiflächen und noch landwirtschaftlich genutzte Lücken zwischen den Baubeständen, dem Ortsbild zuzurechnen, sofern der siedlungsmässige Zusammenhang nicht durchbrochen wird [64].

In Schutzbestimmungen werden auch andere Begriffe verwendet: Stadtbild, Strassenbild, Quartierbild. Im Rahmen dieser Arbeit können diese Begriffe als synonym betrachtet werden, in konkreten Schutzbestimmungen kann die Verwendung eines bestimmten Begriffes jedoch den Wirkungsraum der Normen genauer bestimmen.

Der Ortsbildschutz erfasst im Gegensatz zum Landschaftsschutz nur die äussere Erscheinungsform der Siedlung [65]. Schutzgut

64) so auch Friberg, 22

65) Auch der Landschaftsschutz ist bisweilen auf das äussere Erscheinungsbild beschränkt, wenn - wie in älteren Erlassen üblich - nur der Schutz von "Landschaftsbildern" anvisiert ist. Siehe dazu oben 1.21, S. 8, Anm. 15

ist nur, was sichtbar ist [66]. Damit die äussere Erscheinung zum "Ortsbild" wird, muss der erfasste Raum in sich noch einen Zusammenhang aufweisen [67]. Das bedeutet praktisch, dass eine grössere Ortschaft aus mehreren Ortsbildern bestehen kann, die eine unterschiedliche Schutzwürdigkeit aufweisen und nach einer differenzierten Regelung verlangen.

Häufig prägt ein einzelnes besonders schutzwürdiges Objekt einen grösseren Raum, der nur deshalb von Schutzvorschriften erfasst werden muss, damit die Umgebung dem Objekt angepasst bleibt: Der Umgebungsschutz ist bei historischen Gebäuden und besonders repräsentierenden Bauten [68] zu beachten.

Rausser unterscheidet zwischen einem äusseren und inneren Ortsbild: "Das äussere Ortsbild betrifft die äussere bauliche Erscheinung und Bepflanzung einer geschlossenen Siedlung (Stadt, Dorf, Weiler, Hof) als Ganzes innerhalb der umgebenden Landschaft. Es betrifft die Silhouette, die Dachlandschaft, die Fassadenordnung und die Gestaltung der Uebergangszone zwischen dem Siedlungsgebiet und der Landschaft. Das äussere Ortsbild ist erkennbar durch Nah- und Fernsicht aus verschiedenen Richtungen, wichtig sind insbesondere die Zugangsrichtungen und die Blickrichtung von Aussichtspunkten auf die Siedlung.

66) BGE 82 I 109. Die Sichtbarkeit kann auch entfallen, wenn es sich um kleine Details handelt, die nicht auffallen; ZBl 1952, 11 ff.: Nur 75 cm hohe schräge Fensterstützen können keine Verunstaltung darstellen.

67) Die Kommission für kulturelle Angelegenheiten des Europarates empfiehlt, anstelle des Begriffes Schutz"objekt" den des "ensemble culturel" zu verwenden. In: "Europäisches Jahr für Denkmalpflege und Heimatschutz 1975", 9.

68) z.B. Kirchen und andere Gebäude, deren äussere Erscheinung nicht nur von Zweckmässigkeitsgründen bestimmt wird. Diese Gebäude bilden möglicherweise die Baudenkmäler unseres Jahrhunderts.

Das innere Ortsbild betrifft die innere bauliche Erscheinung und Bepflanzung einer Siedlung, ihr Strassen- und Platzbild. Es ist erkennbar im Innern der Siedlung" [69]:

Beim inneren Ortsbild spielen nicht nur die herkömmlichen Aspekte der äusseren Erscheinung, die architektonischen Merkmale eine Rolle, sondern auch der Siedlungsplan, die Grundrissstruktur der Bauten, ihre Konstruktion und das Baumaterial [70], z.T. sogar die Nutzung, indem von ihr auch regelmässig wiederkehrende Aussenwirkungen ausgehen.

Der Ortsbildschutz ist im Sinne dieser Arbeit ein Teil des Landschaftsschutzes. Bei der Rechtssetzung und Planung ist es aber zweckmässig, den Schutz der überbauten Gebiete vom Schutz der unüberbauten Landschaft zu trennen, weil jedes Gebiet für die Schutzvorschriften einem andern Gesetzgebungsbereich vorrangig zugeordnet ist: Ortsbildschutz wird v.a. durch die Baugesetzgebung betrieben, Landschaftsschutz durch die Nutzungsplanung und die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung. Verschiedene Kantone haben allerdings den Schwerpunkt beider Materien in der Baugesetzgebung gelegt [71], was mit dem Nachteil verbunden ist, dass kaum direkt wirksame Vorschriften erlassen werden [72], sondern nur Zielformulierungen mit Delegationsnormen verbunden aufgenommen werden.

1.32 Denkmalschutz

Der Denkmalschutz bezweckt die Erhaltung, die archäologische Erforschung, die Ausgrabung und Aufnahme von kunsthistorisch

69) Rausser, 4

70) Rausser, 4

71) z.B. Zürich: PBG § 203 ff.; Bern: BauG Art. 5, BauV 4 ff.; St. Gallen: BauG Art. 93 ff.

72) Direkter Regelung sind dabei etwa zugänglich: Antennen, Reklamen, Kiesgruben und andere Materialentnahmen oder -deponien, Campingplätze usw.

oder geschichtlich bedeutsamen unbeweglichen Objekten und deren Bestandteilen [73]. Verschiedene Autoren erstrecken den Bereich weiter, indem sie als Denkmäler auch bewegliches Kulturgut verstehen [74]. In dieser Erscheinungsart ist der Denkmalschutz sicher weiter als der Landschaftsschutz, denn dieser befasst sich nur mit Sachen, welche einen dauernden Standort haben, also mindestens Bestandteile unbeweglicher Objekte sind.

Indem der Denkmalschutz die Objekte als solche und nicht nur ihre äussere Erscheinungsform erfasst, geht er in einer weitern Richtung über den Landschaftsschutz hinaus. Objekte des Denkmalschutzes sind aber regelmässig auch Objekte des Landschaftsschutzes, vor allem wenn es um den Schutz von Ensembles oder deren Umgebung geht. Meist wird es praktisch so sein, dass die Denkmalpflegeorgane die Kriterien für die Schutznormen aufstellen und Entschädigungen oder Beiträge an die Kosten der Erhaltung bereitstellen; dies ist eine Arbeitsteilung in dem Sinne, dass auf dem Wege des Landschaftsschutzes die Verbotsnormen aufgestellt werden und die positiven Leistungen von der Denkmalpflege erbracht oder doch geleitet werden. Im Rahmen dieser normalen Arbeitsteilung greifen die beiden Gebiete eng ineinander und eine Trennung ist zuweilen schwierig, jedoch auch nicht von grosser praktischer Bedeutung.

73) BBl 1961 I 1105

74) Bernet, 5, mit weiteren Hinweisen.
Imholz, N + H, 26, verwendet einen Denkmalbegriff, der nur menschliche Werke umfasst; dies ist vertretbar, befasst sich doch das Denkmalschutzrecht hauptsächlich mit solchen, währenddem Naturdenkmäler durch Naturschutzbestimmungen geschützt werden.

1.33 Natur- und Heimatschutz

Natur- und Heimatschutz wird je nach dem Verständnis des Begriffes des Landschaftsschutzes als Oberbegriff [75], als gleichbedeutende hergebrachte Bezeichnung [76] oder als ein Teilgebiet davon [77] verstanden.

Als Begriff des Bundesrechts ist dem Natur- und Heimatschutz eher eine enggefasste Bedeutung zuzuweisen: "Der Natur- und Heimatschutz im überlieferten Sinne beschränkt sich auf die Erhaltung und den Schutz der landschaftlichen Schönheiten, der Ortsbilder, der Natur- und Kulturdenkmäler sowie der einheimischen Pflanzen und Tiere. Der Natur- und Heimatschutz hat somit allein die Pflege und Erhaltung bestehender Werte im Auge, nicht aber etwa Ziele der Planung und der Gestaltung" [78]. In dieser Form ist Natur- und Heimatschutz weitgehend dasselbe wie Landschaftsschutz. Darüber hinaus erfasst er z.B. die archäologischen Bodenfunde, auch wenn sie nicht an der Bodenoberfläche in Erscheinung treten, und die Pflanzen und Tiere im Sinne des Artenschutzes. Der Landschaftsschutz befasst sich auch mit Landschaften ohne besonderen Schönheitswert, was über den herkömmlichen Natur- und Heimatschutz hinausgeht [79]. Der Heimatschutz schützt dafür das überlieferte Sprach- und Brauchtum [80]. Mit der wachsenden Bedeutung

75) Munz, N + H, 19 f., Imholz, N + H, 22

76) Munz, Landschaftsschutz, 8, Hunziker, Mitwirken des Bundes, 2, Anm. 1

77) Teilleitbild Landschaftsschutz, 11: Natur- und Heimatschut in einem weiteren Sinn aufgefasst "deckt sich weitgehend mit dem Begriff des umfassenden Landschaftsschutzes, im engeren Sinn mit dem Natur- und Landschaftsschutz".

78) BBl 1961 I 1104 (Botschaft zu Art. 24 sexies BV)

79) Die häufig verwendete Definition des Heimatschutzes als "Summe aller Rechtssätze, welche die öffentlichen Interessen an geschichtlichen und ästhetischen Werten schützen" (Zimmerlin N 4 zu § 22 mit weitern Verweisen) ist sicher heute überholt. Imholz, N + H, 24, weist zwar immer noch dem traditionellen Heimatschutz im Sinne von Art. 24 sexies BV hauptsächlich, aber nicht ausschliesslich, das ästhetische Motiv zu.

80) Munz, N + H, 20

der Raumplanung nimmt sicher heute auch der Planungsaspekt einen immer breiteren Raum ein. Dem Begriff des Natur- und Heimatschutzes wohnt nicht eine selbständige Planungskompetenz inne; aber das für die Planung zuständige Gemeinwesen oder die betreffende Behörde haben den Gesichtspunkt des Natur- und Heimatschutzes besonders mitzuberücksichtigen [81].

Das kantonale Recht kann den Begriff des Natur- und Heimatschutzes im Rahmen seiner übrigen Kompetenzen weiter fassen, als er in der Bundesverfassung verwendet wird, was aber auch in den Kantonen mit einem besonderen Natur- und Heimatschutzgesetz nicht getan wurde [82]. Dass es heute noch keine "allgemein anerkannte oder auch nur einigermassen gebräuchliche Umschreibung für den Begriff 'Natur- und Heimatschutz' gibt" [83], ist deshalb sehr zu bedauern, weil es bei der heute geltenden Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen auf diesem Gebiete [84] sehr wichtig wäre, dass die beiden Bereiche klar zugeordnet werden können. Es handelt sich hier zweifellos nicht nur um eine Gesetzgebungs"befugnis", sondern um einen Gesetzgebungsauftrag, der das kompetente Gemeinwesen zum Erlass wirkungsvoller Normen verpflichtet.

1.34 Umweltschutz

Landschaftsschutz in einem umfassenden Sinn und ein ebenfalls weit verstandener Umweltschutz können als dieselbe Aufgabe angesehen werden [85]. Für die Rechtsbereiche des Landschafts- und Umweltschutzes ist von enger gefassten Begriffen auszugehen: Der Aufgabenbereich des Umweltschutzes, der sich in seiner Grundanlage auf fast alle Sparten der staatlichen

81) Imholz, N + H, 27, bezeichnet "die Ziele des Natur- und Heimatschutzes ... im wesentlichen als Grundaufgaben der Raumplanung".

82) Schaffhausen und Waadt

83) Munz, N + H, 19. Der Autor verweist auf das damals in Ausarbeitung stehende Teilleitbild Landschaftsschutz, das eine Definition bringen werde, jedoch nur das oben in Anm. 77 Zitierte in der publizierten Fassung aufgenommen hat, was auch nicht weiter führt.

84) siehe dazu unten 3.2, S. 82 ff.

85) Teilleitbild Landschaftsschutz, 10, siehe auch oben 1.23, S. 16

Tätigkeit ausdehnen könnte [86], wird dadurch eingeengt, dass sich der Anwendungsbereich von Art. 24 septies BV auf den "Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt" beschränkt. Die französische Fassung "milieu naturel" zeigt besser als die deutsche, dass der Mensch "in seiner Umgebung, die ihn prägt, zu schützen" sei, also die "gegenseitige Beziehung zwischen Mensch und Natur, die im Gleichgewicht erhalten bleiben soll" [87], den Schutzaspekt und gleichzeitig die Begrenzung erlaubter Schutzmassnahmen bildet. Die weitere Begrenzung ergibt sich daraus, dass der Mensch und die natürliche Umwelt gegen "schädliche oder lästige Einwirkungen" geschützt werden soll. Im Gegensatz dazu erfasst der Landschaftsschutz den Raum als Eigenwert und schützt ihn vor Beeinträchtigungen, die für den Menschen nicht unbedingt die Intensität der Lästigkeit oder Schädlichkeit erreichen.

86) Fleiner, Gutachten, 210, N.38

87) Fleiner, Gutachten, 242 f., N.155. Imholz zieht dagegen wohl den Bereich des Umweltschutzes zu eng, wenn er unter Umweltschutzmassnahmen nur solche zur Erhaltung der menschlichen Gesundheit versteht. Müller-Stahel/Rausch, 40 f., wiederum möchten den Begriff sehr weit fassen. Sie berufen sich auf die Botschaft zu Art. 24 septies BV, BBl 1970 I 774 f., aus der auch die gegenteilige Tendenz abgeleitet werden könnte und deshalb kaum etwas hergibt.

2 Das Problem der Kompetenzkumulation

2.1 Die Arten von Kompetenzen

Der Begriff der Kompetenz ist mehrdeutig: Auf der einen Seite bedeutet "Kompetenz" eine Zuweisung der verschiedenen Staatsaufgaben [1]. Dabei sind zu unterscheiden die Aufteilung unter mehrere Gemeinwesen (Bund und Kantone, innerhalb dieser auch die Gemeinden), die Zuweisung an verschiedene Organe innerhalb eines Gemeinwesens und die Art der Staatsaufgaben, v.a. die Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung [2]. Diese mehr formal-organisatorische Zuweisung wird ergänzt durch das materielle "Kompetenzobjekt"; in der Regel, aber nicht immer, handelt es sich um die Zuweisung einer Sachaufgabe [3]. Die materielle Komponente hat nicht nur positiv zuweisenden, sondern hauptsächlich auch negativ ausgrenzenden Sinn [4]: Es soll festgestellt werden, welches Organ für eine bestimmte Aufgabe zuständig ist, wer rechtmässig eine bestimmte Norm oder Verfügung erlassen darf. Die anzustrebende Widerspruchslosigkeit des Rechts verlangt, dass sich Zuständigkeitsbereiche nicht derart überschneiden, dass widersprüchliche Rechtsfolgen entstehen. Umgekehrt sollen nicht Bereiche, in denen ein Gemeinwesen oder

1) Hangartner, Kompetenzverteilung, 40 f., definiert die Kompetenz als "Zuständigkeit zur Erfüllung der Staatsaufgaben". Er verweist darauf, dass "Kompetenz", "Zuständigkeit" und "Aufgabe" häufig synonym verwendet werden.

2) Ich verwende absichtlich nicht die ungenauen Begriffe "Gesetzgebung" und "Vollzug". Die sogenannte Vollzugskompetenz der Exekutive ist nämlich häufig auch eine Rechtssetzungsaufgabe, erfordert den Erlass von Verordnungen. Ebenso wenig aussagekräftig ist die Unterscheidung Legislative, Exekutive und Judikative, weil damit heute mehr die Organe als die Funktionen gemeint sind.

3) Ursprünglich wurden als Kompetenzen die Regelung von mehr oder weniger geschlossenen Lebensbereichen zugewiesen (Hangartner, Kompetenzverteilung, 42). Heute bestehen mehrere Zuweisungskriterien, siehe dazu unten S. 30 ff.

4) Hangartner, Kompetenzverteilung, 41 f.

ein Organ tätig werden müssen [5], von keiner Zuständigkeit erfasst sein.

Im zuweisenden Sinn bedeutet Rechtssetzungskompetenz die Befugnis oder den bindenden Auftrag, für bestimmte Lebenssachverhalte Normen aufzustellen; im ausgrenzenden Sinn dient der Kompetenzbegriff der Beurteilung, ob sich eine bestehende Norm im Rahmen der zugewiesenen Rechtssetzungsbefugnis bewege.

Es gibt mehrere, untereinander kombinierbare Aspekte der Unterteilung der Kompetenzen, nämlich nach der Art der Umschreibung, nach dem Umfang und ihrer allfälligen derogatorischen Wirkung gegenüber andern Kompetenzen.

Die drei Dimensionen der Kompetenzzuweisung sind die folgenden [6]:

1. Bundeskompetenzen können nach Sachgebieten, Ordnungskriterien, Querschnittproblemen, Staatsfunktionen oder Staatsprogrammen zugewiesen werden [7]. Viele Kompetenzen in der BV können jedoch nicht unter ein einziges Zuweisungskriterium eingeordnet werden, sondern sind Kombinationen mehrerer Umschreibungs-

5) Daneben gibt es Räume, die der Gesetzgeber bewusst von rechtlicher Regelung ausnehmen will. Das müssen damit noch nicht unbedingt rechts- und kompetenzfreie Räume sein. Die Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 31 ff. BV schafft zwar einen umfangreichen Raum wirtschaftlicher Freiheit, in dem grundsätzlich der Staat nicht tätig werden darf, wie er wohl in keinem Land ausser der Schweiz besteht. Dies ist jedoch kein absolut kompetenzfreier Raum: Wohl ist es den Kantonen verwehrt, über die ihnen schon jetzt durch die BV ermöglichten Einschränkungen hinaus die HGF einzuschränken. Dem Bund steht die Möglichkeit offen, in Abweichung von der HGF gemäss Art. 89 bis Abs. 3 BV zu legiferieren. Er weicht damit nicht von der bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung ab.

6) Ich folge in der Terminologie Hangartner, Kompetenzverteilung.

7) Hangartner, Kompetenzverteilung, 92 ff.

möglichkeiten [8]. Derselbe Sachverhalt kann dazu auch von mehreren Kompetenzen erfasst werden, worauf die zahlreichen Verfassungsartikel im Ingress neuerer Gesetze hinweisen [9].

2. Nach ihrem Umfang ist zwischen umfassenden und teilweisen Kompetenzen zu unterscheiden [10]. Umfassende Kompetenzen sind meist solche nach Sachgebieten [11], weil hier hinreichend genau abgrenzbare Gesetzgebungshoheiten entstehen. In diesem Sinn sind neue umfassende Kompetenzen, die nicht Sachgebiete und folglich auch nicht klar eingrenzbar sind, wie der Umweltschutzartikel 24 septies BV, sehr problematisch [12].

   Der Hauptfall der teilweisen Kompetenz ist die sogenannte Grundsatzgesetzgebung. Als teilweise Kompetenz kann auch diejenige bezeichnet werden, aus einem grösseren Gebiet in einen bestimmt umschriebenen enger begrenzten Bereich zu legiferieren [13].

3. Nach ihrer Wirkung auf das kantonale Recht sind ausschliessliche, konkurrierende und parallele Kompetenzen zu unterscheiden. Durch Begründung einer ausschliesslichen Kompetenz wird schon vor Erlass einer Ausführungsgesetzgebung allfälliges kantonales Recht ausser Kraft gesetzt, und neues kantonales

8) Hangartner, Kompetenzverteilung, 119 f. Als Beispiele nennt er Art. 22 bis, 24 sexies, 24 septies, 36 bis BV.

9) Z.B. nannte das ERPG 18 verschiedene Verfassungsartikel, das GSchG (1971) 4 Artikel.

10) Hangartner, Kompetenzverteilung, 175 ff.

11) Hangartner, Kompetenzverteilung, 175; daneben sind auch die Kompetenzen nach Ordnungskriterien als umfassende möglich.

12) Das zeigt auch die schlechte Aufnahme des Vorentwurfes vom 13. Dezember 1973 zu einem Umweltschutzgesetz, der viele Sachgebiete regeln wollte, die nach Meinung vieler in die Vernehmlassung einbezogener Organisationen entweder nicht in die Bundeskompetenz fallen oder in einem andern Bundesgesetz geregelt werden sollten.

13) Eine solche wurde mit Art. 64.1 BV begründet, bevor die Kompetenz in den "übrigen Gebieten des Zivilrechts" übertragen wurde. Es ist besser, eine solche Kompetenz als umfassend (in einem kleineren Bereich) zu bezeichnen.

Recht kann nicht mehr gesetzt werden. Die ausschliessliche Kompetenz entfaltet ursprünglich derogatorische Wirkung [14]. Mit Teilrevisionen der Verfassung werden kaum solche Kompetenzen eingeführt [15], weil sie möglicherweise einen "rechtlosen" Zustand schaffen, es sei denn, es handle sich um eine bisher jeder rechtlichen Regelung entbehrende Materie. Konkurrierende Bundeskompetenzen entfalten nachträglich derogatorische Wirkung [16], d.h. die Kantone können die Kompetenz weiterhin ausüben, solange und soweit der Bund nicht tätig geworden ist. Bestehendes kantonales Recht tritt erst mit dem Erlass widersprechenden Bundesrechts ausser Kraft. Die Feststellung, ob sich eine Norm des Bundes mit dem gleichen Sachverhalt in gleicher Normierungsrichtung befasse, ist oft schwierig zu treffen, da es sich auch um eine Parallelkompetenz handeln kann [17], bei welcher das Bundesrecht die kantonalen Rechtssätze nicht derogieren will, sondern sie ergänzen soll, soweit sie nebeneinander Platz haben. Diese Frage ist eines der schwierigen Abgrenzungsprobleme, bei welchem das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts keine Hilfe bietet. Die Auslegung kann ergeben, dass es sich um eine ursprünglich parallel verstandene Kompetenz handelt, die aber durch das Setzen sich widersprechender Normen die kumulative Anwendung des Bundesrechts wie des kantonalen Rechts verunmöglicht. Das Rechtsproblem ist in diesem Fall, ob die Bundeskompetenz zur konkurrierenden geworden sei, m.a.W. es stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Anwendungsfall der derogatorischen Kraft des Bundesrechts vorliege oder nicht. Es wird also gleichzeitig

14) Hangartner, Kompetenzverteilung, 182 ff.

15) Fleiner/Giacometti, 101 f.: Aus Art. 2 Ueb Best BV wird abgeleitet, dass die ursprünglich derogatorische Wirkung die Ausnahme, die nur nachträglich derogatorische Wirkung die Regel sei. Dafür sprechen rein praktische Gründe.

16) Hangartner, Kompetenzverteilung, 184 ff.

17) Hangartner, Kompetenzverteilung, 188 f. Beispiele von Parallelkompetenzen: Art. 22 ter Abs. 2 (Eigentumsbeschränkungen), 27 Abs. 1 (Hochschulen), 27 ter (Filmwesen), 27 quater (Stipendien), 50 Abs. 2 BV (Schutz des religiösen Friedens).

die Antwort auf zwei Fragen gesucht, die einander bedingen: Es wird ein Widerspruch festgestellt. Die Anwendbarkeit der Regel zur Lösung des Widerspruchs hängt davon ab, ob in diesem Gebiet überhaupt Widersprüche vorgesehen sind, es wird also in Frage gestellt, ob der festgestellte Widerspruch überhaupt ein solcher sein dürfe.

2.2 Die Kompetenzkumulation

Obgleich die herrschende Lehre nach wie vor annimmt, dass für eine bestimmte Frage immer nur entweder der Bund oder die Kantone zuständig seien [18], entstehen Probleme, die mit der Regel von Art. 3 BV nicht eine klare Lösung finden [19]. Versteht man den Begriff der Kompetenz im zuweisenden Sinn und als Auftrag, für bestimmte Lebenssachverhalte Normen aufzustellen, erkennt man, dass auf denselben Lebenssachverhalt häufig mehrere Normen Anwendung finden. Alle diese Normen sind kompetenzgemäss, seien sie vom gleichen oder von verschiedenen Gemeinwesen erlassen. Sie normieren den Sachverhalt nur nicht unter demselben Aspekt [20] oder nicht mit gleich weit reichender Regelungsbefugnis. In vielen Fällen treten die Normen nicht in Widerspruch [21], ihre "kumulative" Geltung ergibt keine Anwendungsschwierigkeiten. Es kommt je-

18) Das wird meist mit der sogenannten Lückenlosigkeit der Kompetenzverteilung begründet: Fleiner/Giacometti, 75, 92 ff.; Aubert, Droit constitutionnel No. 633; sowie die unten 2.5, S. 43 ff. genannten Autoren.

19) So auch Imboden, Ausscheidung der Rechtssetzungskompetenzen, 253 ff. Er stellt die Uneinheitlichkeit der heutigen Ordnung fest. Er postuliert eine Neuordnung, ohne sich jedoch ausführlich mit den Konsequenzen der sich heute zeigenden Ungereimtheiten auseinanderzusetzen. Huber, Ausscheidung und Zuständigkeiten, 487 ff., kritisiert v.a. die vagen und konturlosen Begriffe in Kompetenzbestimmungen, durch welche die gliedstaatlichen Zuständigkeiten "aufgerollt" oder "unterwandert" werden könnten.

20) So auch Huber, Kompetenzkonflikt, 62.

21) Z.B. erheben sowohl Bund, Kantone wie Gemeinden direkte Steuern vom Einkommen natürlicher Personen oder muss der Baugesuchsteller die Anforderungen des kantonalen Baurechts wie des eidgenössischen Gewässerschutzrechtes erfüllen.

doch vor, dass die eine Norm eine Erlaubnis, die andere ein Verbot ausspricht, so dass ein Entscheid darüber notwendig ist, ob nur eine oder beide Geltung beanspruchen dürfen.

Beurteilt man den Konflikt nach der zuweisenden Betrachtungsweise, so erkennt man möglicherweise, dass mehrere Normen, die sich auf denselben Sachverhalt beziehen, jede im Rahmen einer unbestrittenen Kompetenz erlassen worden ist. In diesem Fall muss von einer Kompetenzkumulation gesprochen werden, für welche der Vorrang des Bundesrechts nicht unbesehen als Kollisionsregel übernommen werden kann. Diese Regel betrifft nur das ausgrenzende Kriterium des Kompetenzbegriffes, das die Frage stellt, ob eine bestimmte Norm kompetenzgerecht sei. Hier gilt die Regel der Lückenlosigkeit der Kompetenzverteilung: Bei einer umfassenden Bundeskompetenz, z.B. der Luftfahrtgesetzgebung [22], ist es den Kantonen verwehrt, ein kantonales Luftfahrtgesetz aufzustellen. Das Bundesrecht schliesst widersprechendes kantonales Recht aus, ob es sich nun um eine Kompetenz mit ursprünglich oder nachträglich derogatorischer Wirkung handelt. Schwierigkeiten entstehen dagegen schon bei einer nur teilweisen Bundeskompetenz: Dürfen die Kantone neben den Schutzwaldvorschriften des Forstpolizeigesetzes [23] weitere Bewirtschaftungsbeschränkungen für die durch das kantonale Recht auszuscheidenden Schutzwaldungen erlassen? Bei einer Grundsatzgesetzgebung ist unbestritten, dass die Kantone weitere Vorschriften erlassen können, doch ist darin nicht unbesehen die Kompetenz zu sehen, unmittelbarer Anwendung zugängliche Bundesvorschriften weiter zu verschärfen.

Bei parallelen Kompetenzen ist der Grundsatz der Lückenlosigkeit der Kompetenzverteilung aufgegeben: Hier will der Ver-

22) SR 748.0
23) SR 921.0

fassungsgeber eine gleichzeitige Anwendung von mehreren Normen. Welche Steuer ist zu kürzen, wenn das Bundesgericht die Einkommenssteuerbelastung eines Steuerpflichtigen durch Bund, Kanton und Gemeinde in ihrer Gesamtsumme als prohibitiv und gegen die Eigentumsgarantie verstossend beurteilen würde? Wäre es die im Einzelfall angefochtene Steuer, eine lineare Kürzung aller drei Steuern oder nur die kantonale, weil Art. 113 Abs. 3 BV die Schranke der Ueberprüfung von Bundesrecht aufstellt?

Bis jetzt handelte es sich immer um die Beurteilung einer einzigen Kompetenz, beurteilt nach der Zuweisung durch eine Kompetenznorm der Bundesverfassung. Dieses Problem lässt sich noch nach logischen Kriterien lösen, beurteilt es doch vorwiegend die Gesetzgebungsebene. Schwieriger wird es, wenn die Rechtsanwendungsebene miteinbezogen wird, besonders wenn es sich um die Erfüllung einer Aufgabe durch den Bund handelt: Das Postregal ermächtigt und verpflichtet den Bund zu Einrichtung und Betrieb des Postdienstes [24]. Dazu ist die Errichtung von Bauten und Anlagen verschiedenster Art auf dem Gebiet der Kantone notwendig. Haben diese Einrichtungen sich nach den Vorschriften des kantonalen Baurechts zu richten, oder erlaubt die Erfüllung der Bundesaufgabe das Absehen von kantonalen "Hindernissen"? Sowohl Postregal wie Baurecht sind kompetenzgerecht, sie sind von der Kompetenz wie auch von den meisten konkreten Normen her durchaus vereinbar. Durch die Anwendung des kompetenzgemässen Rechts entstehen mögliche Widersprüche, die durch eine generelle Unterstellung oder Befreiung des Bundes vom kantonalen Recht oder durch eine einzelfallmässige Abwägung gelöst werden müssen. Es muss festgehalten werden, dass grundsätzlich beim Bau einer Postfiliale oder beim Setzen eines Telefonmastes kompetenzgemässes Recht sowohl des Bundes als auch des Kantons Anwendung beanspruchen kann.

24) Art. 36 Abs. 1 BV. Ich verstehe hier "Postdienst" in seinem weitesten Sinn.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Regel von der Lückenlosigkeit der Kompetenzen bedeutet, dass die Kompetenzzuweisung in einem einzelnen Aufgabenbereich abschliessend und lückenlos ist. Betrachtet man alle verschiedenen Kompetenzen, die nach sehr unterschiedlichen Kriterien und verschieden weitreichend umschrieben sind, so kann nur noch aufrechterhalten werden, dass es keinen kompetenzfreien Raum gibt, es muss aber eingestanden werden, dass Ueberlappungen auftreten [25].

Zur Verdeutlichung der Problemlage soll am Beispiel des Gebietes des Strassenverkehrs die "Verschnürung" von verschiedenen Kompetenzen des Bundes und der Kantone gezeigt werden: Werden konkrete Sachverhalte aus dem noch kaum abgegrenzten Bereich herausgenommen, wird sich nicht immer nur eine Kompetenz darauf beziehen, sondern eben möglicherweise mehrere Kompetenzen des Bundes oder neben diesen solche der Kantone.

Für Planung, Bau, Betrieb und Unterhalt der Strassen gilt - unter Vorbehalt der Nationalstrassen - die Strassenhoheit der Kantone. Der Bund übt bloss die Oberaufsicht über Strassen und Brücken im Landesinteresse aus [26] und zahlt im weiteren gewisse Beiträge [27]. Die Strassenfreiheit verlangt, dass der Verkehr auf den Strassen gebührenfrei sein muss [28], die Kantone sind aber befugt, den Automobil- und Fahrradverkehr zu beschränken. Der Bund kann nur für "den allgemeinen

25) Dies stellt auch Imboden, Ausscheidung der Rechtssetzungskompetenzen, 255, fest.

26) Art. 37 Abs. 1 BV

27) Art. 36 ter BV

28) Art. 37 Abs. 2 BV

Durchgangsverkehr notwendige Strassen" für offen erklären [29]. Betreffend die Streckenführung und den Bau der Strassen wirken daneben noch zahlreiche Bundeskompetenzen auf die kantonale Regelungsbefugnis ein: Neben Raumplanung, Natur- und Heimatschutz und Umweltschutz gelangen weiter das Militär, Wasser- und Forstpolizei, Schiffahrt, Gewässerschutz, Eisenbahnen, Rohrleitungen und PTT mit Forderungen an die Kantone. Auf einigen dieser Gebiete ist aber neben dem Bund auch der Kanton zuständig, so dass Bundes- und kantonale Normen zu berücksichtigen sind: Dies gilt für die Raumplanung, den Natur- und Heimatschutz, die Wasser- und Forstpolizei.

Der Verkehr auf den Strassen wird heute umfassend durch Bundesrecht [30] bestimmt: Obwohl dem Bund nur die Kompetenz zu Vorschriften über Automobile und Fahrräder zusteht [31], hat er sich der Regelung des Fuhrwerk- und Fussgängerverkehrs angenommen [32]. Die Verwirklichung eines "Verkehrs" kann aber nur in Verbindung mit der selbständigen Kompetenz der Kantone, den Verkehr zu beschränken oder zu untersagen, erfolgen. Auflage ist dabei nur, dass die Kantone Verbote und Beschränkungen in den Formen des SVG zu erlassen haben. Die Fahrzeuge werden in bezug auf den Bau und die Ausrüstung von Bundesrecht erfasst, den Kantonen steht jedoch die Steuerkompetenz zu.

Im Zusammentreffen dieser zahlreichen Kompetenzen sind manche Kompetenzkumulationen enthalten. Dies bedeutet nun keineswegs, dass daraus jedesmal ein Konflikt entstehen muss. In der Regel können die aus den verschiedenen Kompetenzen fliessenden Nor-

29) Art. 37 bis Abs. 2 BV; Huber, Ausscheidung der Zuständigkeiten, 493, findet, auf diese Verfassungsbestimmung könnte verzichtet werden, weil ihre Bedeutung entfallen ist.

30) Das SVG (SR 741.01) und die zahlreichen Ausführungserlasse.

31) Art. 37 bis Abs. 1 BV;

32) Dies kritisiert schon Burckhardt, Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen, 225.

men ohne weiteres kumulativ auf denselben Sachverhalt angewendet werden. Die Besteuerung der Fahrzeuge verträgt sich mit den Bundesvorschriften über Bau und Ausrüstung, jedoch wird die Vereinbarkeit fraglich, sobald der Kanton gewisse Unterscheidungen trifft, die nachträglich eine Bundesvorschrift unwirksam machen könnten. Wie ist eine stark progressive Besteuerung von Fahrzeugen mit grösserem Hubraum zu werten? Kann der Kanton seine Strassen für eine bestimmte Fahrzeugkategorie, z.B. schwere Motorräder, schliessen und nur diejenigen Strassen offen halten, deren Verkehr er wegen Art. 37 bis Abs. 2 BV nicht beschränken darf? Darf er eine Sondersteuer für eine bestimmte Fahrzeugausrüstung, z.B. die sogenannten Spikes-Reifen, erheben? In diesen Fragen wird die Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht nicht mehr ohne weiteres bejaht werden können. Diese Betrachtungsweise wird durch die Prüfung nach der derogatorischen Kraft des Bundesrechts erfasst, besonders weil in solchen Fällen Private betroffen werden, welche staatsrechtliche Beschwerde ergreifen. Bei "Uebergriffen" des Bundes in kantonale Hoheiten ist häufiger der Kanton selber und nicht eine Einzelperson betroffen: Haben militärische Fahrzeuge kantonale Fahrverbote zu respektieren, wenn sie durch einen Umweg dasselbe Ziel erreichen können? Muss der Bund die Linienführung seiner Autobahnen nach dem Raumplanungskonzept der Kantone ausrichten und deshalb Wohn- und Erholungsgebiete meiden? Darf der Bund zum Schutze überkantonaler Grundwasservorkommen oder eines eidgenössischen Naturschutzgebietes kantonale Strassen schliessen? Hat umgekehrt der Bund sich bei Ausführung seiner Werke an das bestehende kantonale Natur- und Heimatschutzrecht zu halten? Bei der einen oder andern der genannten Kollisionen kann die Erhebung des Kompetenzkonfliktes eine Lösung bringen. Einem Gerichtsverfahren kaum zugänglich sind dagegen neuartige Kompetenzen, die ein Zusammenwirken von Bund und Kantonen verlangen (Raumplanung) oder dem Bund eine allgemeine, nicht näher umschriebene Berücksichtigungspflicht auferlegen

(Natur- und Heimatschutz). Für diese Aufgabenbereiche, die zudem in viele andere Bereiche übergreifen, müssen neue Kriterien des Verhältnisses gesucht werden.

Ich komme zu folgender Begriffsumschreibung der Kompetenzkumulation: Eine Kompetenzkumulation ist die rechtliche Erfassung eines bestimmten Lebenssachverhaltes durch Normen, die auf mehreren verschiedenen Zuständigkeiten des Bundes allein oder des Bundes und der Kantone beruhen.

Der Gesetzgeber oder die Rechtsanwendungsbehörden müssen bei Kompetenzkumulationen entscheiden, ob sich die Rechtsverwirklichung nach einer einzigen oder mehreren Teilordnungen (Bundeserlasse gemäss verschiedenen Kompetenzen oder Bundes- und kantonale Erlasse) zu richten habe und ob neben dem einen Bundeserlass auch ein anderer oder kantonales Recht "anwendbar" sei.

Es sind die folgenden hauptsächlichsten Gruppen zu unterscheiden:

1. Die verschiedenen Umschreibungsmöglichkeiten der Kompetenzen ergeben, dass derselbe Sachverhalt kaum je umfassend von einer einzigen Kompetenz erfasst wird. Verschiedene neuere Bundeskompetenzen überlagern unter einem andern Regelungsaspekt mehrere bisherige Sachkompetenzen. Bei umfassenden Sachkompetenzen bedeutet dies den Auftrag, den neuen Regelungsaspekt zu normieren, entweder durch Revision der Erlasse, die die Sachkompetenz regeln, oder durch Unterwerfung der Sachaufgabe unter die Erlasse der neuen Kompetenz. Schwieriger zu erfassen ist der Fall, wenn von den zusammentreffenden Kompetenzen eine nur eine teilweise ist, z.B. auf die Grundsatzgesetzgebung beschränkt.
2. Weil der Bund kein eigenes Territorium hat, werden die Bundesaufgaben durchwegs auf dem Gebiete der Kantone wahrgenommen und wirken sich auf Menschen oder Sachen aus, die dem Kanton

zuzuordnen sind. Erfordert eine Bundesaufgabe eine Tätigkeit, bei deren Ausübung ein Privater dem kantonalen Recht untersteht, so stellt sich die Frage, ob auch der Bund diesem kompetenzgemässen kantonalen Recht unterstehe.

3. Eine rechtlich gewollte Kompetenzkumulation ist die Parallelkompetenz, in welcher der Verfassungsgeber bewusst ein Nebeneinander vorsieht. Schwierigkeiten entstehen hier, wenn nicht klar ersichtlich ist, ob eine konkurrierende oder eine parallele Kompetenz vorliegt. Die Verfassung äussert sich kaum je ausdrücklich; die allfällige derogatorische Wirkung des Bundesrechts muss durch Auslegung ermittelt werden.

4. Bei nicht voller Ausschöpfung einer konkurrierenden [33] Kompetenz ist fraglich, ob kantonale Normen im ausgeschöpften Bereich weitergelten. Wenn die Ausscheidung nicht durch das Bundesrecht vorgenommen wird, z.B. durch Vorbehalt oder Ausschluss kantonalen Rechts in bestimmten Bereichen, kann die kantonale Norm nicht ohne weiteres als weiterbestehend oder dahinfallend erkannt werden.

Im Zusammenhang dieser Arbeit sind v.a. die Kompetenzkumulationen im Sinne der Ziff. 1 und 2 zu behandeln. Für sie lassen sich allenfalls Grundsätze mit allgemeinem Anwendungsbereich entwickeln, bei den Ziff. 3 und 4 werden vermehrt Einzelkompetenzen und Einzelfälle betrachtet werden müssen. Die in der Literatur eingeführten Begriffe Normkonkurrenz, Gesetzeskonkurrenz, Regelungskonflikt usw. verwende ich nicht, obwohl sie teilweise dasselbe bedeuten wie Kompetenzkumulation im Sinne dieser Arbeit. Konkurrenz und Konflikt deuten zu sehr auf die Notwendigkeit des Obsiegens einer Norm oder Kompetenz hin, und der Gedanke der vorrangig anzustrebenden Konkordanz tritt in den Hintergrund.

33) Das folgende gilt v.a. für konkurrierende teilweise Kompetenzen, z.T. aber auch bei umfassenden, wenn nicht klar hervorgeht, dass das Bundesrecht die Kompetenz voll ausschöpft.

2.3 Nichtabgeschlossenheit der Kompetenzverteilung

Mit der Auslegung der Verfassungsnorm sind die Rechtssetzungsbereiche noch nicht abschliessend abgegrenzt. Die endgültige Verteilung der Aufgaben konkretisiert sich auf der Stufe der Gesetzgebung [34]: Nur in dem Umfang, in dem der Bund die Kompetenz wahrgenommen hat, entfällt in der Regel die kantonale Zuständigkeit [35]. Auch das bundesrätliche Verordnungsrecht wird noch kompetenzabgrenzende Wirkung entfalten, soweit im Rahmen der Delegation der Verordnung noch ein Spielraum zusteht. Man könnte sogar noch weitergehen und behaupten, durch Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe werde mitunter die Kompetenzabgrenzung erst in Rechtsanwendung vorgenommen: Besteht der Entscheidungsspielraum der Bundesbehörde darin, ob Bundesrecht anwendbar sei oder nicht (und nicht nur, wie das Bundesrecht angewendet werden müsse), oder wie weit der Anwendungsbereich des Bundesrechts gegenüber kantonalem Recht gehe [36], ist die Grenze der Rechtssicherheit erreicht. Es wäre zu fordern, dass diese Unsicherheiten vom Gesetzgeber vermieden werden.

2.4 Kumulation mehrerer Bundeskompetenzen

Dass auf einen Sachverhalt mehrere Normen des Bundesrechts, begründet auf verschiedene Kompetenzen, Anwendung finden, ist sehr häufig. In den meisten Fällen ist ihre kumulative Anwendung

34) Burckhardt, Komm. BV, 587, Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen, 223 f.; Fleiner/Giacometti, 68 f., 92; Huber, Kompetenzkonflikt, 56 (noch zurückhaltend), Huber, Ausscheidung der Zuständigkeiten, 487 f.; Hangartner, in Föderalismus-Hearings I, 8.

35) Eine Ausnahme bilden die ausschliesslichen Kompetenzen, die durch ihre ursprünglich derogatorische Wirkung alles kantonale Recht hinfällig machen. Es wird aber auch hier möglicherweise erst in der Gesetzgebung der Kompetenzbereich klar abgesteckt: Umfasst das Pulverregal alle Sprengmittel? Fällt die Personenbeförderung unter das Postregal?
Nach Fleiner/Giacometti, 99, gilt für alle umfassenden Bundeskompetenzen der "Grundsatz der Vollständigkeit der Bundesgesetzgebung", d.h. durch das Ausführungsgesetz des Bundes wird die gesamte kantonale Kompetenz auf diesem Gebiete vernichtet, ebenso BGE 97 I 503, E.3 a mit Verweisen.

36) Siehe als Beispiel Art. 5 Abs. 3 WRG: Das Planprüfungsrecht des Bundesrates ist je nach seiner Ausgestaltung ein Zurückdrängen kantonalen Rechts oder nicht. Siehe dazu ausführlich 3.234, S. 141 ff.

ohne weiteres möglich, weil das angestrebte Ergebnis durch alle Normen zugelassen wird.

Schwierigkeiten können hauptsächlich in zwei verschiedenen Fallgruppen entstehen:

1. Die Anwendung von Normen zweier umfassender (ausschliesslicher oder konkurrierender, jedoch ausgeschöpfter) Bundeskompetenzen führt zu einem widersprüchlichen Ergebnis.

2. Die verschiedenen Bundeskompetenzen gehen unterschiedlich weit. Das hat zur Folge, dass im Bereich der einen Kompetenz kantonales Recht eine Rolle spielt. Erweitert die stärkere Kompetenz (die ausschliesslich oder doch ausgeschöpft ist) im kumulierenden Bereich, in dem sonst eine bloss teilweise oder unausgeschöpfte Kompetenz besteht, diese zu einer umfassenden? Oder entsteht umgekehrt in der umfassenden Kompetenz eine Pflicht des Bundes, ergänzendes kantonales Recht zu berücksichtigen?

Der erste Fall, dass aufgrund von Bundesrecht im Bereich umfassender Kompetenzen ein Vorhaben wegen widersprechender Rechtsfolgen nicht ausgeführt werden kann, sollte eigentlich nicht eintreffen und ist eher theoretisch. In der Regel ist auf Gesetzesebene der Konflikt gelöst [37].

Mehr Schwierigkeiten bereitet der Fall mit teilweisen oder unausgeschöpften Kompetenzen. Als Beispiel sei die Standortbewilligung für Kernkraftwerke genannt [38]: Die Bundeskompetenz auf dem Gebiete der Atomenergie ist umfassend [39], dagegen bei der Raumplanung nur eine Grundsatzgesetzgebung [40]. Auf der

37) Beispiel: Beeinträchtigt ein Rohrleitungsprojekt eine militärische Anlage, so kann die Konzession nicht erteilt werden (Art. 3 Abs. 1 litt. b, d und f RLG). Tangiert eine neue militärische Anlage eine bestehende Rohrleitung, so kann umgekehrt die Konzession aufgehoben oder eingeschränkt werden (Art. 9 Abs. 2 litt. b RLG), allerdings gegen Entschädigung.

38) Siehe dazu ausführlich 3.423, S. 216 ff.

39) Art. 24 quinquies BV. Sie ist wohl auch ausgeschöpft, siehe dazu VEB 1962, Nr. 3 (zur Strahlenschutzkompetenz).

40) Art. 22 quater Abs. 1 BV.

Gesetzgebungsstufe kann der Bund weitgehend den Geltungsbereich des Atomrechts festlegen. Bei der heute geltenden Regelung der privaten Nutzung der Atomenergie gestützt auf eine Polizeibewilligung ist der Entscheid auf die Rechtsanwendungsebene verwiesen. Die Praxis ist gegenwärtig unsicher [41], doch kann m.E. das kantonale Raumplanungsrecht Geltung beanspruchen: Wäre der Bau von Kernkraftwerken Bundessache, so müsste der Bund aus Art. 22 quater Abs. 3 BV seiner verbindlichen Berücksichtigungspflicht nachkommen und die kantonale Raumordnung nicht wirkungslos machen. Bewilligt der Bund einer privaten Unternehmung den Kernkraftwerkstandort, so darf sicher nicht plötzlich der kantonalen Nutzungsordnung keine Bedeutung mehr zukommen [42].

Dieses Ergebnis kann nur für das Verhältnis Atomrecht - Raumplanungsrecht gelten. Weil die Gesetzesebene herangezogen werden muss, ist eine fallweise Prüfung notwendig, die aber nach denselben Gesichtspunkten wie die Kumulation mit kantonalem Recht zu lösen ist [43].

2.5 Die Beurteilung von Kompetenzkumulationen in der Lehre

Bei verschiedenen Autoren, welche sich über die Kompetenzverteilung und -konflikte äussern, wird das Problem der Kompetenzkumulationen angesprochen, wenn auch nirgends dieser von mir geprägte Begriff verwendet wird.

Walter Burckhardt betont die Notwendigkeit des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen bei den ihnen zugewiesenen Teilen einer

41) BGE 99 Ia 257, E.5 c, 102 Ia 135: "Fragen, die im bundesrechtlichen Bewilligungsverfahren zu prüfen und zu entscheiden sind, können nicht noch Gegenstand eines zusätzlichen kantonalen Bewilligungsverfahrens bilden.". Die Nutzungskonformität ist nicht Gegenstand des Standortbewilligungsverfahrens, sondern nur die Eignung. Im Fall Verbois wies der Bundesrat deshalb den Kanton Genf im Kompetenzkonfliktverfahren vor Bundesgericht. Dieses hat in einem noch nicht begründeten Entscheid vom 23. März 1977 den Standpunkt Genfs geschützt und entschieden, dass Kernkraftwerke nur an einem zonenkonformen Standort Anspruch auf die kantonalen Bewilligungen haben.

42) Dieser Schluss kann auch daraus gezogen werden, dass kein Enteignungsrecht für Kernkraftwerke besteht (H. Hess, 388).

43) Siehe dazu unten 2.5 - 2.8.

Gesamtaufgabe [44]. Die Kompetenzgrenze bezeichnet er als wenig klar. "Es ergibt sich daraus für Bund und Kanton die Notwendigkeit einer gewissen Nachgiebigkeit in der Ausübung ihrer beiderseitigen Kompetenzen; rücksichtsloses Festhalten des Rechtsstandpunktes würde zu endlosen Konflikten und Beeinträchtigungen führen: soll ein so kompliziertes Getriebe wie der schweizerische Bundesstaat im Gang erhalten werden und die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen zu einem erspriesslichen Ergebnis führen, so bedarf das juristische Räderwerk dieses Tropfens Oel." [45]. Er nennt als Beispiele dieser gegenseitigen Rücksichtnahme, dass der Bund beim Aufstellen von Bauvorschriften für die Eisenbahnen vernünftigerweise auf das allgemeine Baurecht der Kantone so weit wie möglich Rücksicht nehmen müsse, umgekehrt, dass die Kantone nicht durch schonungslose Besteuerung wirtschaftspolitisch abgestufte Zölle wirkungslos werden lassen [46]. Auf der Rechtssetzungsstufe stellt Burckhardt klar, dass es Sache des Bundesgesetzgebers ist, die in der Verfassung nur unzureichend abgegrenzten Kompetenzen wahrzunehmen und den Bereich der Kantone damit klarer zu umreissen; die Beurteilung, ob die Bundeskompetenzen innegehalten sind, weist er eindeutig der Bundesversammlung zu und lehnt eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit ab [47].

Hans Huber schliesst sich grundsätzlich dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme Burckhardts an, bemängelt aber, dass es nur als Problem der Rechtsanwendung betrachtet und auf Kosten der Legalität gelöst werde [48]. Dieser Vorwurf wäre nur berechtigt, wenn Burckhardt dabei an ein "Abschleifen der Kanten" [49] zulasten von Privaten denken würde; wie die oben angeführten Beispiele zeigen, geht es vielmehr auch um die Ebene der Rechtssetzung oder dann um die Rücksichtnahme in Fragen, an denen nur die beiden Gemeinwesen und keine Aussenstehenden beteiligt sind.

44) Burckhardt, Komm. BV, 22
45) Burckhardt, Komm. BV, 17, siehe auch 194
46) Burckhardt, Komm. BV, 22
47) Burckhardt, Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen, 219 ff.
48) Huber, Einheit der Rechtsordnung, 484
49) Burckhardt, Komm. BV, 17

Huber erkennt den möglichen Widerspruch zwischen Kompetenzverteilung und der derogatorischen Kraft des Bundesrechts [50] und den hier v.a. interessierenden Fall, dass sich zwei kompetenzgemässe Normen widersprechen können [51]. Er beschränkt sich aber auf die Fälle des offenen Widerspruches, der mit dem Kompetenzkonflikt und der Anrufung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gelöst werden kann, vor Bundesgericht allerdings nur in den Schranken von Art. 113 Abs. 3 BV. Huber beharrt unter Bezug auf die Lückenlosigkeit der Kompetenzverteilung [52] darauf, dass es nur scheinbare Zuständigkeitsüberschneidungen gebe [53]. Er nimmt dabei das Ergebnis voraus [54], das häufig eintritt, dass sich eines der Gemeinwesen auf der Stufe der Norm oder der Anwendung durchsetzt, währenddem die Betonung ebenso auf jenen Zeitpunkt nach Ausbruch des Konflikts gelegt werden kann, in welchem beide Gemeinwesen mit guten Gründen ihre grundsätzliche Zuständigkeit darlegen können, der Entscheid über die Kollision jedoch nicht getroffen ist.

In Beispielen schliesst sich Huber der von Burckhardt vertretenen Meinung weitgehend an: Beim Bau eines PTT-Gebäudes müsse das Recht zuerst gefunden werden (richtiger: der Ausgleich zwischen zwei divergierende öffentliche Interessen repräsentierenden, bestehenden Normen). Der Kompromiss werde vielleicht darin bestehen, dass das Gebäude die Baulinie, nicht aber die Gebäudehöhe einhalte [55].

50) Huber, Kompetenzkonflikt, 52 ff.

51) Huber, Kompetenzkonflikt, 62 f., ebenso kann Zuständigkeiten 49 f. verstanden werden.

52) Huber, Kompetenzkonflikt, 64: "Die Kompetenzverteilung (muss) notwendig einheitlich, widerspruchslos und vollständig sein."

53) Huber, Einheit der Rechtsordnung, 483 f., Kompetenzkonflikt, 64

54) Huber, Kompetenzkonflikt, 70: "Es gibt keine Zuständigkeiten, die sich widersprechen." Durch diese Prämisse entsteht der Zwang, sich zum Schluss in jedem Fall für nur eine Zuständigkeit zu entscheiden.

55) Huber, Einheit der Rechtsordnung, 485

Edwin Hauser lehnt mit wenigen Einschränkungen eine Bindung des Bundes an das kantonale Recht ab. Er betrachtet diese Frage als Problem der Kompetenzabgrenzung [56]. Er verbindet die Auffassung, dass der Bundesstaat in jedem Fall eine eindeutige Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Bund und Gliedstaaten verlange [57], weshalb logischerweise auch keine Kompetenzkumulationen möglich sind [58], mit der notwendigen Regel, dass der Bund die Kompetenzabgrenzung vorzunehmen habe. Diese Auffassung führt Hauser zu einem nicht weiter differenzierten Primat des Bundes, sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung. Hauser vertritt deshalb uneingeschränkt, "dass der Bund implicite die Zuständigkeit besitzt, sich über gliedstaatliche Rechtsnormen hinwegzusetzen, die in den Bereich seiner Kompetenzen eingreifen, bzw. ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben behindern" [59]. Er verneint auch eine materielle Interessenabwägung [60] und leitet aus der derogatorischen Kraft des Bundesrechts die Lösung ab, "dass die zuständigkeitswidrige kantonale Norm der kompetenzgemässen bundesrechtlichen Regelung eines Tatbestandes zu weichen hat" [61]. Aus seiner Ablehnung der Auffassungen von Burckhardt und Huber [62] wie aus der Beurteilung der von diesen Autoren angeführten Beispielen geht hervor, dass Hauser wahrscheinlich auch dann die Bindung des Bundes ablehnen würde, wenn er die Möglichkeit anerkennen müsste, dass bei einer Kollision der Kanton kompetenzgemäss handeln will.

56) E. Hauser, Bindung des Bundes, 20, 35 ff.; die Auffassungen E. Hausers finden sich auch in seinem Aufsatz in ZBl 1964, 457 f

57) E. Hauser, Bindung des Bundes, 24 ff., 32

58) E. Hauser, Bindung des Bundes, 35 ff.

59) E. Hauser, Bindung des Bundes, 33

60) E. Hauser, Bindung des Bundes, 35 f.

61) E. Hauser, Bindung des Bundes, 43

62) E. Hauser, Bindung des Bundes, 36

Peter Widmer unterscheidet nur zwischen materiellen und modalen Kompetenzen [63]. Er unterscheidet zwei Fälle von Zusammentreffen kantonaler und bundesrechtlicher Normen [64]: Bei einer Kompetenzkonkurrenz liegt gleichzeitig immer eine Normkonkurrenz vor, d.h. zwei konkrete Normen sollen auf denselben Sachverhalt angewendet werden. Da nur ein Gemeinwesen kompetent ist, löst sich die Kollision nach herkömmlicher Weise. Daneben gibt es Fälle, in denen eine Normkonkurrenz ohne gleichzeitige Kompetenzkonkurrenz auftritt, weil nämlich beide Gemeinwesen zuständig sind.

Seine Lösung weicht jedoch im Grundsatz nicht von den herkömmlichen Theorien ab: Er betrachtet die Kantone zwar als kompetent, doch "nicht in jedem Fall genügt es für die Kantone, kompetent zu sein, um eine Norm auch wirklich erlassen zu dürfen. Wie sich zeigt, können sie in der Ausübung ihrer Kompetenzen auch materiell behindert sein" [65].

Als Lösungsvorschlag bringt Widmer das Prinzip der Bundestreue [66]. Obwohl er es dem Begriff nach als gegenseitige Treueverpflichtung auffasst [67], wendet er die Bundestreue bei der Lösung von Normkonkurrenzen nur als Treue der Kantone gegenüber dem Bund, nicht aber im umgekehrten Verhältnis an [68]. Dies rührt wohl daher, dass die beiden Rechtsgebiete, in welchen er das Problem ausschliesslich sieht, das Zivilrecht und das Strafrecht, umfassende

63) Widmer, 27 f., modale Kompetenzen sind solche nach Ordnungskriterien im Sinne Hangartners, Widmer nennt das Zivil- und Strafrecht.

64) Widmer, 7 f.

65) Widmer, 25, ebenso 20, 21, 26 f., 29, 49.

66) Widmer, 30 ff.

67) Widmer, 33 ff., allerdings zeigt er Bedenken, ob in der Schweiz auch für den Bund die Bundestreue gelte, die dann besser "Bündnistreue" hiesse; 34, 37 ff.

68) Widmer, 68 ff.

Bundeskompetenzen sind; dazu scheint Widmer von der Idee auszugehen, dass zu einem neugeschaffenen Bundesrecht später kantonale öffentlich-rechtliche Normen hinzukommen, die an der Bundestreue gemessen werden. Beurteilt man dagegen die derogatorische Wirkung neuen Bundesrechts gegenüber bestehendem kantonalen Recht, so hilft das Kriterium der Bundestreue nur, wenn man auch das neue Bundesrecht rücksichtsvoll auf das kantonale anwendet.

Bruno Kläusli behandelt die Frage kurz unter dem Titel "Hoheitskonkurrenz" [69]. Er unterscheidet drei Fälle:

1. Als echte Konkurrenz versteht er die Parallelkompetenz im Sinne dieser Arbeit [70].
2. Bei der "unechten Hoheitskonkurrenz" überschneiden sich mehrere Hoheiten des gleichen Hoheitsträgers, d.h. es handelt sich um eine Kompetenzkumulation des Bundes.
3. Eine "echte und gemischte Hoheitskonkurrenz" liegt vor, "wo sich die Kompetenzen verschiedener Hoheitsträger beim gleichen Objekt treffen". Er beschreibt dabei die Kompetenzkumulation von Bund und Kantonen.

Kläusli erkennt die Möglichkeit von "Interessenkollisionen", schlägt aber keine konkrete Behebung vor, ausser seiner Anregung, die Formulierung der konkurrierenden Bestimmungen sei durch einen Interessenausgleich anzunähern.

Die kurzen Ausführungen werden im Verlaufe der Arbeit Kläuslis nicht wieder aufgenommen, weil er materiell hauptsächlich die Nationalstrassenkompetenz behandelt, für welche die BV und das NSG eine recht klare Kompetenzverteilung vornehmen. Es handelt sich dabei nicht um eine Kompetenzkumulation, sondern um die Aufteilung einer Kompetenz und daneben um die Delegationsfrage.

69) Kläusli, 35 f.

70) Das ergibt sich aus dem Verweis auf Fleiner/Giacometti, 100, Anm. 44, wo Art. 50 Abs. 2 BV erwähnt wird.

Fritz Gygi befasst sich mit dem Problem der Kompetenzkumulation im Rahmen der Erörterung der Bundeszuständigkeit im Zivilrecht [71]. Er fragt sich, ob nicht Art. 64 BV "gleich wie alle übrigen Zuständigkeitsbestimmungen der Bundesverfassung Sachgebiete im Sinne von Regelungsgegenständen oder Regelungsmaterien, mithin soziale Sachverhalte oder Lebensbereiche" dem Bund übertrage [72]. Er frägt sich, ob nicht die rechtstheoretische Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht zu Unrecht zur Auslegung der Kompetenzfrage herangezogen werde [73], denn er ist der Ansicht, dass daraus zur Ermittlung des Inhaltes und der Tragweite von Art. 64 BV nichts zu gewinnen sei [74]. Er stellt zur Diskussion, dass für die Ausgrenzung der kantonalen Rechtssetzungshcheiten dieselben Regeln und Grundsätze anzuwenden seien wie bei allen übrigen Kompetenzzuweisungen der Bundesverfassung [75]. Was in dieser Arbeit als Kompetenzkumulation bezeichnet wird, bezeichnet Gygi als einen Regelungskonflikt [76]; ein solcher liegt vor, wenn "Normen, die Bund und Kanton je im Rahmen ihrer eindeutig gegebenen Rechtssetzungskompetenzen erlassen, sich inhaltlich nicht vertragen". Weil kantonale öffentlich-rechtliche Normen, welche zivilrechtliche Bestimmungen beschränken, meist zugleich Beschränkungen von Grundrechten sind, insbesondere der Vertragsfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit und der Eigentumsgarantie, postuliert Gygi die Beurteilung nach der Praxis der entsprechenden Grundrechte [77]. Darin ist ihm beizupflichten, weil sich jedenfalls unter allen neueren Bundesgerichtsurteilen, bei welchen die Unvereinbarkeit kantonalen öffentlichen Rechts mit dem Bundeszivilrecht zur Dis-

71) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten
72) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 345
73) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 343 f.
74) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 349
75) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 349
76) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 352
77) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 353

kussion stand, zugleich Grundrechtsverletzungen gerügt wurden, und sich kein Entscheid findet, bei welchem die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der derogatorischen Kraft des Bundesrechts und der Grundrechtsverletzung unterschiedlich ausgefallen wäre.

Gygis Auffassung, dass Art. 64 BV eine Sachkompetenz sei, gibt den Hinweis, dass Kompetenzkumulationen [78] im Bereich der gesamten verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung gleich zu behandeln seien. Damit wird die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht nicht in allen Bereichen entbehrlich, denn es gibt auch nicht-grundrechtliche Fragen, z.B. im Bereiche des Anstaltsrechts, die davon abhängen: Es sei nur auf das Problem des Rechtswegs bei Schadenersatzansprüchen verwiesen. Hier müssen die problematischen rechtstheoretischen Abgrenzungskriterien weiterhin verwendet werden.

Steht der Staat nicht einem Privaten gegenüber, so dass sich die Grundrechtspraxis heranziehen lässt, sondern einem andern Gemeinwesen, sind mehrere öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen. An Stelle der Grundrechte des Einzelnen kann der bundesstaatliche "Grund"entscheid der Aufgabenverteilung mit eigenständigen kantonalen Bereichen gesetzt werden, den es auch zu schützen gilt [79].

78) Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 352, spricht, wie schon erwähnt, nur von Regelungskonflikten.

79) Das kann auf dem Wege des Kompetenzkonfliktes (siehe dazu unten 2.65, S. 65 ff.) oder der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geschehen. Bei der letzteren sind allerdings die zahlreichen Ausnahmen von Art. 99-101 OG zu berücksichtigen.

2.6 Eigener Vorschlag zur Behandlung von Kompetenzkumulationen

2.61 Das Verhalten des Bundesgesetzgebers

Unter den Kollisionen zwischen korrekt ausgeübten Zuständigkeiten des Bundes und der Kantone sind vorerst zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

1. Der Bundesgesetzgeber erkennt die Kompetenzkumulation und entscheidet über die Anwendbarkeit des kantonalen Rechts, entweder durch ausdrücklichen Ausschluss der betreffenden Zuständigkeit [80] oder durch Vorbehalt der kantonalen Regelung [81].

80) Z.B. Art. 164 Abs. 3 MO für militärische Bauten; Art. 18 EbG für Bauten und Anlagen der Eisenbahnen, Art. 39 Abs. 3 EbG über die Oeffnungs- und Schliessungszeiten der Nebenbetriebe, dazu BGE 98 Ib 226 ff., Berner Bahnhofapotheke; Art. 21 ff. RLG. Die Lehre verwendet für den ausdrücklichen Ausschluss kantonalen Rechts den Begriff der "Immunität des Bundes", Aubert, Droit constitutionnel, No. 724.

81) Es fallen hier zwei Formen ausdrücklicher Vorbehalte in Betracht:
- Die Delegation: Die Regelung einer bestimmten Frage wird den Kantonen überlassen. Das ist keine Kompetenzkumulation, weil von einer Bundeskompetenz ein Teil an die Kantone abgegeben wird. Zudem betrifft es meist untergeordnete oder Vollzugsfragen, bedeutet also keine "Selbstunterwerfung" von Bundesorganen unter kantonales Recht (a.M. E. Hauser, 111 ff.).
- Interessanter,weil ein echter Fall von Kompetenzkumulation, wäre der Fall, wo der Bund ausdrücklich die kantonale Zuständigkeit im Bereiche eines andern Sachgebietes erwähnen, also auf einzuhaltendes kantonales Recht ausdrücklich verweisen würde. Solche Beispiele sind mir nicht bekannt. Es gibt aber begrenzte Ausschlüsse kantonalen Rechts, aus denen e contrario geschlossen werden kann, dass in den nicht ausgeschlossenen Gebieten das kantonale Recht gelten soll.
  Z.B. entzieht Art. 10 GarG nur die "Liegenschaften, Anstalten und Materialien, die unmittelbar für Bundeszwecke bestimmt sind", der kantonalen Steuerhoheit und dies nur für direkte Steuern. Aehnlich Art. 6 Abs. 1 BBG. Dazu E. Hauser, Bindung des Bundes, 111 ff.

2. Der Bundesgesetzgeber erkennt die durch die Kompetenzkumulation hervorgerufene unklare Lage nicht oder lässt die Frage absichtlich offen [82].

Der erste Fall, in welchem sich der Gesetzgeber entscheidet und entweder das kantonale Recht ausschliesst oder als anwendbar erklärt, ist unproblematisch. Dem Bund steht zweifellos die Befugnis zu, den Umfang seiner Zuständigkeiten auf der Stufe des einfachen Gesetzes genauer

82) Dies ist ein Fall, in dem der Gesetzgeber die Kompetenzkumulation erkennt, aber nicht entscheidet. Es muss sich nicht um ein sogenanntes qualifiziertes Schweigen handeln, das als ausdrücklicher Nichtentscheid in einer bestimmten Richtung, meist in einer Nichtgewährung eines Anspruchs, besteht. Hier ist eher eine beabsichtigte Lücke anzunehmen, ein Offenlassen in dem Sinne, dass der Entscheid der künftigen Rechtsanwendung überlassen werden soll. Dies ist ein Minus an Rechtssicherheit, das nicht unbedingt abzulehnen ist, wenn keine rechtlichen Interessen von Privaten geschmälert werden, sondern nur der Bund und die Kantone betroffen werden.
Ob die Stellungnahme zur Geltung des kantonalen Rechts aus Versehen oder absichtlich unterbleibt, kann wohl in den seltensten Fällen nachträglich noch abgeklärt werden. Dass ausdrückliches Offenlassen vorkommt, zeigen die in neueren Erlassen immer häufigeren Generalklauseln, die einerseits einen Anwendungsspielraum schaffen sollen, andererseits aber auch Ungewissheit über die künftige Entwicklung ausdrücken können, so dass man der Praxis die Ausgestaltung anvertraut.

abzugrenzen [83]. Dieses Ergebnis wird anderseits auch durch die Massgeblichkeit der Bundesgesetze für das Bundesgericht [84] erreicht. Es wäre aber falsch, von der Befugnis des Bundesgesetzgebers auf eine entsprechende der rechtsanwendenden Behörden beim Fehlen einer eindeutigen Regelung zu schliessen: E. Hauser schliesst daraus, dass sich nach dem Bundesrecht entscheidet, ob kantonales Recht neben das Bundesrecht tritt oder gar Vorrecht beanspruchen kann, auf eine alleinige und endgültige Zuständigkeit jeder Bundesbehörde, über die Notwendigkeit und den Grad einer Berücksichtigung kantonalen Rechts zu befinden [85]. Diese Auffassung wird der Tatsache nicht gerecht, dass es sich um die Anwendung objektiven Rechts handelt und nicht um einen freiwilligen Verzicht auf zustehendes Recht. Als Bundesrechtsverletzung gilt auch, wenn "die Tragweite einer eidgenössischen Norm überschätzt und kantonales Recht fälschlicherweise als dadurch aufgehoben erachtet" wird [86]. Die eventuell fehlende Möglichkeit einer formellen Beschwerde schaltet nicht die Rechtmässigkeit kantonaler Normen aus, sondern ist ein Problem lückenhaften Rechtsschutzes [87].

Dass der "ausdrückliche Ausschluss" kantonalen Rechts nicht immer klar hervortritt, kann am Entscheid BGE 97 I 524 ff. gezeigt werden: Um eine missliebige Telefonleitung verhindern zu können, versuchte die Gemeinde Flims die Telefonstangen als Bauten der Baubewilligungspflicht zu unterstellen. Das Bundesgericht verneinte die Unterstellung der Telefonstangen unter das kantonale und kommunale Baurecht allgemein, weil der Bundesrat als Beschwerdeinstanz bei Streitigkeiten über die Ausführung der Linie gemäss Art. 7 Abs. 2 ElG kaum eine

83) siehe oben 2.3, S. 41

84) Art. 113 Abs. 3 BV

85) E. Hauser, Bindung des Bundes, 78, 92

86) BGE 92 I 209, ebenso Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 137, unter Verweis auf BGE 46 I 280.

87) siehe dazu unten 2.64, S. 64 f.

praktische Bedeutung hätte, wenn sich anschliessend die PTT noch einem Baubewilligungsverfahren unterziehen müssten.

Dieser Entscheid mag insoweit richtig sein, dass es nicht Aufgabe des Bundesgerichts ist, eine veraltete Gesetzgebung zu verbessern. Es ist aber unbefriedigend, dass eine im Jahre 1902 aufgestellte Norm, zu deren Entstehungszeit kaum irgendwo für Bauten eine Baubewilligung im heutigen Sinn eingeholt werden musste, plötzlich zum Ausschluss einer inzwischen bedeutend gewordenen Bewilligung uminterpretiert wird. Damit wird nicht postuliert, Leitungsmasten seien der Baubewilligungspflicht zu unterstellen; unbedingt notwendig wäre aber ein Verfahren für Festlegung und Bau der Leitungen, das die Wahrung berechtigter öffentlicher Interessen, auch der Kantone und Gemeinden, sicherstellen würde.

Wenn der Bund das kantonale Recht als anwendbar erklärt, so handelt es sich nicht um eine "Selbstunterstellung" [88], sondern vielmehr um eine verbindliche Festlegung der beidseitigen Kompetenzbereiche, nämlich um die Erklärung, welche von mehreren Kompetenzen für eine bestimmte Frage massgeblich sein soll.

Grössere Schwierigkeiten bietet die Beurteilung von Kompetenzkumulationen, die vom Gesetzgeber nicht erkannt werden. Diese Bezeichnung ist nicht ganz zutreffend, indem es in vielen Fällen zwar möglich ist, die bevorstehende Kollision vorauszusehen, jedoch ihre Ausprägung und Auswirkungen nicht abgeschätzt werden können. Ebenso kann erst im Verlaufe der Zeit eine Kompetenzkumulation entstehen, wenn sich nämlich die Notwendigkeit der Normierung eines vorher nicht rechtlich erfassten Gebietes zeigt: Als das Baupolizeirecht sich in einer blossen Gefahrenabwehr für die mit dem Bauwerk in "Kontakt" tretenden Personen erschöpfte, mussten zwar die Bauten des Bundes ebenfalls so

88) E. Hauser, Bindung des Bundes, 111 ff.

erstellt werden, dass sie nicht Dritte gefährdeten; ob dies aber in Einhaltung der kantonalen oder anderer, technisch orientierter Regeln erfolgte, war nicht von entscheidender Bedeutung. Durch die Entwicklung zum modernen Raumordnungsrecht und zur geplanten Umwelt entwickelte sich eine gegenseitige Abhängigkeit der Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone. Wenn die SBB einen neuen Güterbahnhof anlegen will, darf sie das vernünftigerweise nicht mitten in einem reinen Wohnquartier tun, sondern muss sich in die Planung der Region oder Gemeinde einordnen. Damit ist noch nicht entschieden, ob der Bund an die zu einem bestimmten Zeitpunkt geltende Zonenordnung "gebunden" ist oder sich für eine seine Zwecke berücksichtigende Neuordnung einsetzen soll. Der Zwang zur Koordination ist nicht nur Ausfluss des Verfassungsauftrages von Art. 22 quater Abs. 2 BV, sondern liegt auch im Interesse des Bundes, indem die Zonenordnung Auswirkungen auf die Preisbildung des Bodens und allfällige Entschädigungen aus materieller Enteignung hat.

Unter den "nicht erkannten" Kompetenzkumulationen müssen auch jene eingeordnet werden, welche deshalb nicht zugunsten einer Kompetenz aufgelöst werden, weil eine generelle und für längere Zeit unveränderbare Regelung nicht möglich oder nicht zweckmässig ist. Zusammen mit jenen Fällen, die absichtlich vom Gesetzgeber nicht geordnet sind, bilden sie den Hauptgegenstand der Erörterungen. Aus den bisherigen Ausführungen geht jedoch schon hervor, dass aus dem Schweigen des Bundesgesetzgebers vernünftigerweise weder eine "Vermutung" zugunsten des Bundesrechts noch des kantonalen Rechts abgeleitet werden kann [89].

2.62 Beurteilung nach den verschiedenen Kompetenzarten

Als nächstes ist zu erwägen, ob sich für die verschiedenen Kompetenzarten verschiedenartige Probleme der Kompetenzkumulationen ergeben.

89) Fleiner/Giacometti, 81, lehnen eine Vermutung zugunsten der kantonalen Kompetenz allgemein ab.

In ausschliesslichen Bundeskompetenzen hat die Rechtssetzung der Kantone keinen Platz. Das bedeutet aber nicht, dass keine Kompetenzkumulationen vorkommen. Die Abgrenzung der Kompetenz, die in der Ausführungsgesetzgebung näher vorgenommen wird, schafft nicht unbedingt eine klare Scheidelinie zu kantonalen Kompetenzen: Die für die Erfüllung einer ausschliesslichen Bundesaufgabe eingesetzten sachlichen und personellen Mittel sind nur zum Teil Eigenheiten der Aufgabe, zum andern Teil werden sie auch bei der Erfüllung anderer Aufgaben verwendet und dort von anderem Bundesrecht oder kantonalem Recht normiert. Post-, Eisenbahn- oder Postgebäude dienen möglicherweise auch einem andern als ihrem Hauptzweck, z.B. werden Büroräume an Private vermietet; die Beamten des Bundes werden auch von Rechtspflichten der Kantone erfasst [90]; die für militärische Zwecke verwendeten Grundstücke werden noch für andere Zwecke genutzt [91]; sowohl Lehrlinge in Bundesbetrieben [92] wie Diensthunde der Grenzwacht- oder Zollorgane [93] werden von kantonalen Normen erfasst, bei welchen entschieden werden muss, ob sie sie einzuhalten haben oder nicht. Ob in diesen grauen Grenzbereich der ausschliesslichen Kompetenzen kantonales Recht hineingreift, in einen Bereich, aus dem es der Bundesgesetzgeber durch ausdrückliche Regelung ausschliessen könnte, ist eine Frage, die nicht mit der Lehre von der Lückenlosigkeit der Kompetenzabgrenzung beantwortet werden kann. Sie stellt mehr eine Frage der praktischen Konkordanz dar, deren Lösung nicht entscheidend abweicht von jener im Bereiche der nicht-ausschliesslichen Kompetenzen. Wahrscheinlich sprechen Praktikabilitätsgründe allerdings häufiger für

90) Huber, ZBl 1957, 485, nennt die Feuerwehrdienstpflicht der Festungswächter von Airolo (=VEB 1951, Nr. 4).

91) Z.B. landwirtschaftlich, touristisch. Burckhardt, Bundesrecht Bd. I, Nr. 284, I: Bergwerkskonzession in einem Festungsgebiet.

92) Burckhardt, Bundesrecht Bd. I, Nr. 289, I.

93) VEB 1932, Nr. 16: Hundesteuer für die Hunde des Grenzwachtkorps und Untersuchung der Hunde durch Organe der kantonalen Tierseuchenpolizei.

eine einheitliche Bundeslösung als bei weniger intensiv vom Bundesrecht erfassten Materien.

Konkurrierende Kompetenzen entfalten nachträglich derogatorische Wirkung. Kantonales Recht gilt weiter, bis der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch macht. Zu klären ist, ob im Zeitpunkt der Ausübung der Kompetenz alles kantonale Recht oder nur das dem Bundesrecht widersprechende ausser Kraft gesetzt wird. Giacometti vertritt die Auffassung, es gelte der Grundsatz der Vollständigkeit der Bundesgesetzgebung, d.h. das Dahinfallen alles kantonalen Rechts [94]. Hangartner schliesst sich ihm an: Wenn sich der Bundesgesetzgeber nicht anders äussert, ist davon auszugehen, dass er eine abschliessende bundesrechtliche Ordnung aufstellt [95]. Dieser Schluss mag richtig sein, doch gilt er nur dort, wo er auf eine umfassende Kompetenz angewendet wird, er ist nicht anwendbar für die teilweisen Kompetenzen im Sinne einer Grundsatzgesetzgebung [96]. Die Abgrenzung zwischen umfassenden, teilweisen und parallelen Kompetenzen steht nicht eindeutig fest. Dass die Kompetenz im Zivilrecht umfassend sei, wird nicht aus Art. 64 Abs. 2 BV ersichtlich, sondern erst aus Art. 51 SchT ZGB. Als Beispiel einer sich sukzessiv vermindernden kantonalen Kompetenz kann das öffentliche Arbeitsrecht genannt werden [97]: Neben dem Fabrikgesetz bestand ein grosser Anwendungsbereich kantonalen Rechts, der durch verschiedene Erlasse verkleinert wurde. Erst das Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 hat die kantonale Kompetenz entscheidend beschränkt, indem alle kantonalen Vorschriften des Arbeitsrechts dahinfallen und nicht nur die dem eidgenössischen Recht widersprechenden [98]. Dennoch bleibt

94) Fleiner/Giacometti, 99, diese These vertritt auch die Justizabteilung in VEB 1962/63, Nr. 3: Die Rechtssetzungskompetenz bezwecke regelmässig die Verwirklichung der Rechtseinheit, ausgenommen Grundsatzgesetzgebung.

95) Hangartner, Kompetenzverteilung, 139. Nicht ganz so kategorisch BGE 97 I 503, E.3a.

96) Fleiner/Giacometti, 99 N. 37a

97) Aubert, Droit constitutionnel, No. 692, 706.

98) Art. 73 Abs. 1 litt. a ArG

ein gewisser Rest der kantonalen Kompetenz, indem der Vorbehalt von "Polizeivorschriften" in Art. 71 ArG einen für die Zukunft nicht genau geklärten Spielraum für die Kantone lässt, den das Bundesgericht offenbar nicht kleinlich bemessen will [99].

Deshalb ist eher Aubert beizupflichten, der durch Auslegung im Einzelfall entscheiden will, ob und wieweit das Bundesrecht kantonales Recht neben sich dulde [100].

Die Folgerung für die Kompetenzkumulationen ist, dass nur mit sehr grosser Zurückhaltung auf eine Dominanz des Bundesrechts geschlossen werden darf. Lässt das Bundesrecht schon im Rahmen derselben Kompetenz paralleles kantonales Recht zu, so wird es umso weniger kantonales Recht in einem andern Zuständigkeitsbereich unwirksam machen wollen, wenn dies nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt ist. Zu postulieren ist jedenfalls, dass sich Bundesgesetze in konkurrierenden Kompetenzbereichen über die Ausschöpfung der Kompetenz und allfällige Weitergeltung kantonalen Rechts äussern [101].

Die Grundsatzgesetzgebung und Parallelkompetenzen haben einen Entscheid über die Duldung kantonalen Rechts schon getroffen. Die Kantone dürfen zwar legiferieren, jedoch nicht bundesrechtswidrig. Im Grundsatzgesetz wird die Widerspruchslosigkeit zum Teil auch durch die Genehmigungspflicht für die kantonale Ausführungsgesetzgebung angestrebt. Das Bundesgericht sieht darin jedoch nicht eine abschliessende Prüfung der Uebereinstimmung mit dem Bundesrecht, sondern eine blosse Grobprüfung,

99) BGE 97 I 499 ff., Griessen; dagegen hat BGE 98 Ia 395 ff., Karl Vögele AG, die kant. Ladenschlussvorschrift als gegen Art. 31 BV verstossend beurteilt.

100) Aubert, Droit constitutionnel, No. 690, 692 ff., 714

101) Als Beispiele seien nochmals Art. 51 SchT ZGB und Art. 73 ArG genannt.

die eine nachträgliche Ueberprüfung durch das Bundesgericht zulässt [102].

Bei den Parallelkompetenzen ist häufig keine Kollision zu erwarten, weil sich Normen des Bundes und der Kantone kumulativ anwenden lassen. Schwierigkeiten können mit sogenannten "gemeinsamen Aufgaben" [103] entstehen, die häufig Parallelkompetenzen sind [104], dies jedoch nicht unbedingt sein müssen [105]. Sofern sich die Aufgabe des Bundes nicht auf finanzielle Förderung beschränkt, können Zielkonflikte entstehen [106]. Dies ist auch der Grund, weshalb Hangartner "gerade in diesen Materien eine klare Zuständigkeitsordnung" fordert [107], ausgenommen für die Fälle, wo die Erfüllung gemeinsamen Organen übertragen wird [108].

2.63 Lückenlosigkeit der Kompetenzabgrenzung

Der hier vertretenen Auffassung von Kompetenzkumulationen wird entgegengehalten werden, die Kompetenzabgrenzung sei lückenlos [109], und als Folge davon seien für jede mögliche staatliche

102) Aubert, Droit constitutionnel, No. 799, BGE 71 I 251

103) Dieser Begriff wurde im verworfenen Bildungsartikel 27 bis BV (Volksabstimmung vom 3. März 1973) für die Schweiz erstmals verwendet. Die Art der Aufgabe ist dagegen nicht neu. Hangartner, Kompetenzverteilung, 203 ff.

104) Z.B. Art. 24 sexies, 27 Abs. 1, 27 ter, 27 quater, 41 ter BV.

105) Z.B. sind Art. 22 quater und 36 bis BV Grundsatzgesetzgebungskompetenzen.

106) Gerade in den für diese Arbeit wichtigen Bereichen des Natur- und Heimatschutzes, der Raumplanung und des Nationalstrassenbaus, siehe dazu unten S. 82 ff , 153 ff.

107) Hangartner, Kompetenzverteilung, 205

108) Hangartner, Kompetenzverteilung, 205, 246 ff. Einen Ansatz eines gemeinsamen Organs bilden schon heute die Hochschulkonferenz und ihre Unterorgane. Aehnlich könnte auch der Einsitz von Bundesvertretern in kantonale Regierungskonferenzen (Erziehungsdirektorenkonferenz, Finanzdirektorenkonferenz usw.) verstanden werden.

109) Huber, Kompetenzkonflikt, 64, Imboden, Bundesrecht bricht kantonales Recht, 34, Fleiner/Giacometti, 69 f., 75; Aubert, Droit constitutionnel, No. 614, 633, Hangartner, Kompetenzverteilung, 172; siehe auch oben 2.2, S. 33 ff.

Aufgabe entweder der Bund oder die Kantone zuständig [110]. Diese Auffassung ist nur bei grober Betrachtung von Einzelkompetenzen zutreffend: Fragt man, wer zum Erlass von Normen über die PTT zuständig sei, so wird die Antwort klar zugunsten des Bundes ausfallen. Ist aber umstritten, ob für die Festlegung des Standortes von Briefkästen oder Telefonkabinen kantonale Polizeivorschriften beachtet werden müssen, wird man sicher differenzieren müssen. Die Kompetenzverteilung ist in dem Sinne lückenlos, dass es grundsätzlich keinen kompetenzfreien Raum gibt [111]. Umgekehrt heisst es aber keineswegs, dass jeder Sachverhalt nur von einer Kompetenz erfasst wird. Wer das behauptet, geht statt von der Frage, welche der beiden kompetenzgemässen, sich aber ausschliessenden Normen Geltung beanspruchen dürfe, von der zu erzielenden Lösung aus [112]. Bei dieser Betrachtungsweise wäre der Begriff des Rechtsstreites im Zivilrecht ebenfalls unhaltbar, weil jeder Rechtsstreit lösbar ist. Es ist ebenfalls unbefriedigend, die Geltung von kantonalem Recht für Bundesorgane ausschliesslich als Problem der Delegation zu betrachten [113]. Es ist unbestritten, dass ausdrückliches Bundesrecht kompetenzgemässes kantonales Recht einengen kann, weil die Zuständigkeitsabgrenzung Sache des Bundesgesetzgebers ist; wenn er aber auf eine Zurückdrängung des kantonalen Rechts verzichtet, so belässt er eine kantonale Zuständigkeit und räumt nicht etwas ein [114].

110) E. Hauser, ZBl 1964, 458

111) Mit Ausnahme der Wirtschaftsverfassung, die in gewissem Umfang durch Art. 31 BV sowohl die Kompetenz des Bundes wie der Kantone ausschliesst.

112) Dies könnte Hangartner unterstellt werden, wenn er behauptet, es gebe überhaupt keine echte Kompetenzkonkurrenz. Kompetenzverteilung, 172

113) E. Hauser, ZBl 1964, 459

114) Nach der Auffassung Hausers müsste auch Art. 702 ZGB als Delegationsnorm betrachtet werden. Dieser Artikel ist jedoch nach übereinstimmender Meinung ein unechter Vorbehalt. Siehe dazu Aubert, Droit constitutionnel, No. 715 und dortige Hinweise.

Wenn kompetenzgemässes Recht der Kantone für den Bund gelten soll, ist dies eine Zuständigkeitsfrage. Bei Hauser ist ein innerer Widerspruch darin, dass er auch stillschweigende Delegationen erwähnt [115]: Eine Delegation muss m.E. ausdrücklich erfolgen. Evtl. lässt sie sich durch analoge Anwendung ausdehnen, jedoch nicht stillschweigend begründen. Sie würde dadurch zu einer bundesgesetzwidrigen Duldung kantonalen Rechts. Praktisch liefe diese Annahme darauf hinaus, dass beim Fehlen eines ausdrücklichen Ausschlusses des kantonalen Rechts die Bundesorgane nach Belieben das kantonale Recht einhalten oder umgehen könnten. Dies nimmt Hauser denn auch an, wenn er dem Bund die Zuständigkeit zuspricht, "sich über gliedstaatliche Rechtsnormen hinwegzusetzen, die in den Bereich seiner Kompetenz eingreifen, bzw. ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben behindern" [116]. Wenn er damit nur den Gesetzgeber ansprechen würde, könnte ihm allenfalls zugestimmt werden, doch er meint alle "Bundesorgane" [117], d.h. auch die Verwaltung, die Anstalten des Bundes usw. Er leitet diesen Schluss aus dem Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" ab, der jedoch in diesem Sinn nur auf der Stufe der Rechtsnormen gilt, d.h. wenn die Auslegung der Normen einen Widerspruch ergibt [118]. Es heisst jedoch nicht, eine Bundesrechtsnorm derogiere jede kantonale Norm, die bei einem entlegenen Anwendungsfall störend wirkt, aber auch einer Konkordanz zugänglich ist, wenn eine andere Auslegung getroffen wird. Insbesondere dort, wo den Bundesorganen ein Entscheidspielraum zusteht, wo sie auf pflichtgemässes Ermessen verwiesen werden, kann sich statt der Nichtbeachtung gerade die Unterwerfung unter die kantonale Norm aufdrängen. Mit der derogatorischen Kraft des Bundesrechts können nicht Anwendungskonflikte gelöst werden,

115) E. Hauser, ZBl 1964, 459, a.M. Fleiner/Giacometti, 118, die stillschweigende Delegationen ausnahmslos ablehnen.

116) E. Hauser, Bindung des Bundes, 33

117) E. Hauser, ZBl 1964, 459, 461 f.

118) Das heisst nicht, dass die meisten Konflikte nicht erst bei Fragen der Rechtsanwendung auftreten.

die keine eigentlichen Normenkollisionen mehr sind, sondern Ausdruck einer Einstellung, die die Kompetenzabgrenzung als Machtfrage und nicht als Ordnungselement versteht und folglich keine Konkordanz, sondern Dominanz anstrebt. Unhaltbar ist auch die These, dass in Fällen, in denen der Bundesgesetzgeber das kantonale Recht nicht ausschliesst, durch analoge Anwendung von Ausschlussklauseln anderer Gesetze die Nichtbeachtung kantonalen Rechts möglich sei [119]. Das Bundesgericht hat diese Auffassung denn auch abgelehnt [120]. Es geht nicht an, zuerst die Lückenlosigkeit der Kompetenzverteilung zu vertreten und nachher durch Analogie kompetenzzuschreibende Normen lückenfüllend zu schaffen und damit eine Kompetenzverschiebung vorzunehmen.

Als Zwischenergebnis kann folgendes festgehalten werden:

1. Die Unschärfe der Kompetenzabgrenzung durch die Verfassung verlangt eine Klärung auf den unteren Stufen der Bundesrechtssätze. Der Bundesgesetzgeber sollte sich bei allen Kompetenzarten über das Verhältnis zu kantonalem Recht anderer Kompetenzbereiche äussern.

2. Fehlt eine solche ausdrückliche Stellungnahme des Bundesgesetzgebers, so ist damit weder ein Entscheid zur Einhaltung des kantonalen Rechts noch zu dessen Ausschaltung getroffen worden. Diese Frage ist durch rechtliche Abwägung zu entscheiden. Sie steht insbesondere nicht zur freien Disposition der Rechtsanwendungsbehörden des Bundes, sondern muss nach Kriterien beurteilt werden, welche sowohl der kantonalen wie der Bundeskompetenz Rechnung tragen.

2.64 Die Bundestreue als Schranke der Kompetenzausübung

Als nächstes ist der Vorschlag Widmers aufzunehmen, der die Bundestreue als Schranke der kantonalen Kompetenzausübung postu-

119) VEB 1930, Nr. 6, den Hauser mehrfach zitiert.

120) BGE 92 I 210, E.5; im Ergebnis stimmt es VEB 1930 Nr. 6 bezüglich Telefonleitungen zu; BGE 97 I 529.

liert. Er geht davon aus, dass das Verhindern eines Konfliktes zwischen mehreren Kompetenzen vornehmlich Aufgabe der Kantone sei. Diese Annahme ist einseitig und wird dem Problem wenig gerecht. Sowohl der Bund wie auch die Kantone haben sich bundestreu zu verhalten. Für den Kanton scheint die Betonung der Bundestreue nicht dringend notwendig, denn eine Nichteinhaltung bringt einen Widerspruch zum Bundesrecht und wird durch die derogatorische Kraft des Bundesrechts sanktioniert. Gegenüber dem Bundesgesetzgeber, der über den Bestand des kompetenzgemässen kantonalen Rechts durch die Art der Ausübung der Bundeskompetenz entscheidet, ist die Einführung eines Beurteilungsmassstabes viel dringender. Jeder neue Erlass des Bundes soll am Kriterium der Bundestreue, mit andern Worten an der Verpflichtung, die verfassungsmässige Kompetenzverteilung nicht unnötigerweise zugunsten des Bundes zu verändern, gemessen werden, falls er sich möglicherweise auf kantonales Recht auswirken könnte, das im Rahmen einer andern Kompetenz erlassen wurde. Noch wichtiger ist der Grundsatz für die rechtsanwendenden Organe des Bundes: Sie sind verpflichtet, sich im Rahmen der Bundeskompetenzen zu halten und diese nicht zu überschreiten. Bei der Verwirklichung von Bundesaufgaben auf dem Kantonsgebiet haben sie darauf zu achten, dass sie nicht die vom Gesetz vorgenommene Zuständigkeitsbegrenzung verschieben. Mit so verstandener Anweisung an die Bundesbehörden verliert aber die Bundestreue ihren Charakter als eigenständiger Grundsatz und geht in die von Burckhardt geforderte Abwägung aller gegenseitigen Interessen und deren Ausgleich über. Die Güterabwägung entspricht auch dem Vorschlag Gygis, die Beurteilung von Grundrechtsbeschränkungen heranzuziehen. Die Abwägung der gegenseitigen Interessen und die Verhältnismässigkeitsprüfung beim Grundrechtsschutz sind die entsprechenden Kriterien. Diesen Weg hat die frühere Praxis der Bundesbehörden - wenn auch nicht immer konsequent - eingeschlagen und auch das Bundesgericht in seiner Praxis zur derogatorischen Kraft des Bundesrechts

und zum Kompetenzkonflikt bestätigt [121]. Das Problem ist, dass sich dieses Vorgehen nur eignet, wenn eine einheitliche Praxis erreicht werden kann. Bei der Vielzahl von Bundes- und Kantonsbehörden, die mit einem Sachverhalt befasst werden können, der von mehreren Kompetenzen berührt wird, ist dies zweifelhaft, umso mehr, als häufig nicht ein Instanzenzug eingeschlagen werden kann, sondern ein formloses "Aushandeln" mit nicht nur rationalem Abwägen der Interessen durchgeführt wird. Dies ist wohl auch der Vorwurf Hubers, der kritisiert, dass die Interessenabwägung auf Kosten der Legalität stattfinde [122], indem die Einheit der Rechtsordnung aufgegeben werde [123]. Huber räumt zwar ein, dass im Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns häufig keine rechtlichen Zugeständnisse gemacht werden müssen [124]; dem gegenüber wäre zu bedenken, dass auch das kantonale Recht nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung funktionieren sollte: Wenn in einem Altstadtgebiet strenge Vorschriften der Baugestaltung und der zu verwendenden Materialien gelten, so wäre es unsinnig, wenn sich der Bund zur Erstellung eines Verwaltungsgebäudes mit einem Glaspalast darüber hinwegsetzen könnte. Damit würde ja der Schutzzweck des kommunalen Rechts illusorisch. Für das Bundesrecht ist dagegen beim Bau des Verwaltungsgebäudes die Einheit der Rechtsordnung kein relevanter Gesichtspunkt.

Dem Legalitätsprinzip kann durch eine Interessenabwägung durchaus entsprochen werden, wenn im Rahmen der Bundes- wie der kantonalen Normen eine Lösung gefunden werden kann. Ist dies nicht möglich, ist zu prüfen, welcher "Gesetzmässigkeitsanspruch" schutzwürdiger ist. Ein wichtiger Gesichtspunkt wird dabei sein, dass der Bund in Fragen, wo er eine kantonale Rechtsfolge auf

121) siehe dazu unten 2.65 und 2.66, S. 65 ff, 69 ff.
122) Huber, Einheit der Rechtsordnung, 484
123) So auch E. Hauser, Bindung des Bundes, 32
124) Huber, Einheit der Rechtsordnung, 484 f.

sich nehmen muss, die auch Private trifft, danach beurteilt wird, ob sein Charakter als übergeordnetes Gemeinwesen und die Erfüllung seiner Aufgaben eine Gleichbehandlung mit den Privaten erlauben oder eine Andersbehandlung erfordern. Eine weitere Frage wird sein, ob der Zweck des betroffenen Bundesrechts die Rechtsvereinheitlichung oder schlichtes Verwaltungshandeln sei, insbesondere ob das Bundesrecht den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes anstrebt oder ob es eine bundeseigene Aufgabe betrifft.

Im Bereich der Kompetenzkumulationen bedeutet die Bundestreue demnach in erster Linie die gegenseitige Rücksichtnahme, sowohl beim Kompetenzgebrauch [125] wie auch bei der Rechtsanwendung. Als Gebot an den Gesetzgeber hat es weniger rechtliche, sondern vielmehr staatspolitische Bedeutung [126]. Bei der Rechtsanwendung kann darin ein Grundsatz der bundesstaatskonformen Auslegung gesehen werden, der v.a. Bundesnormen darauf hin untersucht, ob der Zweck der Norm auf Stärkung des Gesamtstaates hinzielt. Wenn nicht, ist der eigenständige Bereich der Gliedstaaten zu achten.

2.65 Die Praxis zum Kompetenzkonflikt

Als nächstes soll untersucht werden, ob sich aus der Praxis zum Kompetenzkonflikt Gesichtspunkte für die Beurteilung von Kompetenzkumulationen ergeben [127]. Das Bundesgericht hat den Kompetenzkonflikt immer unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der Hoheit des Bundes von jener der Kantone betrachtet: Dabei ist interessant, dass in Konflikten, bei welchen die Zuständigkeit des Bundes bejaht wurde, jeweils erklärt

125) Hangartner, Kompetenzverteilung, 214 ff.

126) Hangartner, Kompetenzverteilung, 217

127) Art. 113 Ziff. 1 BV, Art. 83 litt. a OG, allgemein zum Kompetenzkonflikt: Huber, Kompetenzkonflikt, passim, Aubert, Droit constitutionnel, No. 1620 ff., Fleiner/Giacometti, 871 ff., Hangartner, Kompetenzverteilung, 197 ff.

wurde, es bestehe keine kantonale Kompetenz [128], währenddem im umgekehrten Fall beim Bejahen der kantonalen Kompetenz von zwei gleichzeitig bestehenden Kompetenzen ausgegangen wird. Dem Bund wird in diesem Fall zugemutet, sich dem kantonalen Recht zu unterwerfen [129]. Damit wird eine Kompetenzkumulation im Sinne dieser Arbeit bejaht. Hier wirkt das Verständnis der derogatorischen Kraft des Bundesrechts mit hinein.

Materiell lässt sich beim Kompetenzkonflikt erkennen, dass das Bundesgericht verlangt, "dass ein Kanton die ihm zustehende Staatshoheit dem Bund gegenüber nicht ausüben darf, soweit dadurch die Durchführung der dem Bund zugeschiedenen Aufgaben verunmöglicht oder wesentlich erschwert würde" [130]. Das Bundesgericht ist darin wesentlich zurückhaltender in der Annahme einer Dominanz des Bundes als Hauser, der jede dem Zwecke der Bundesaufgabe dienende Befreiung als richtig erachtet [131]. Er meint also, dass jede "Behinderung" des Bundes zum Dahinfallen kantonalen Rechts genüge. Die "Behinderung" ist kaum rechtlich fassbar, weil sehr stark auch

128) Z.B. BGE 65 I 106 ff., 75 I 122 ff.

129) Z.B. BGE 65 I 98 ff. Eine Kompetenzkumulation wurde eigentlich auch im letzten publizierten Entscheid BGE 81 I 35 ff. bejaht: Es wird dem Kanton Genf nicht verweigert, auf dem Flughafen Cointrin Waaggebühren für Frachtsendungen und Ausschankgebühren für Treibstoff zu erheben, doch unterstehen diese nach Art. 39 LFG der Genehmigung des eidg. Luftamtes. Die Einführung einer Kontrolle ist keine Delegation, ausser wenn der Massstab im Bundesrecht klar niedergelegt wäre. Die Genehmigungspflicht nach Art. 39 LFG soll offenbar vielmehr bewirken, dass nicht durch gezielte hohe Gebühren eine "Vereitelung des Bundesrechts" erreicht wird oder internationale Streitigkeiten entstehen könnten. Siehe auch ZBl 1955, 564 ff.

130) BGE 65 I 102

131) E. Hauser, Bindung des Bundes, 75 ff.

von subjektiven Elementen durchsetzt, währenddem die "Verunmöglichung" oder auch die "wesentliche Erschwerung" objektivierbar sind, diese, weil ein quantitatives Element hinzutritt, jene, weil die Verhinderung als äussere Wirkung erfasst werden kann. Wären z.B. ein höherer finanzieller Aufwand oder die zeitliche Verzögerung durch das Einholen kantonaler Bewilligungen als "Behinderung" aufzufassen? Oder wäre eine solche schon anzunehmen, wenn sich ein Beamter ein Problem, für das er die beste Lösung gefunden zu haben glaubt, wegen einer kantonalen Intervention nochmals überlegen muss? Ohne Zweifel muss das Beachtung verlangende kantonale Recht eine intensivere Behinderung darstellen.

Von den beurteilten Kompetenzkonflikten sind jene um die Erteilung von Wasserrechtskonzessionen [132] eigentlich nur Auslegungsfragen des WRG und kein Zusammentreffen verschiedenartiger Zuständigkeiten. Sie stellen nur eine Kollision zwischen verschiedenen Behörden dar, denen je nach Art der Wasserstrecke die Konzessionierung zusteht. Es geht um die Zuweisung einer Kompetenz entweder an den Bund oder an die Kantone, also um eine Kompetenzausscheidung.

Die alten Entscheide, in denen die Kantone den Bund in verschiedenen Belangen ihrer Polizeihoheit unterwerfen wollten, treffen besser auf die Problematik der Kompetenzkumulationen zu [133]. In diesen Fällen musste über konkrete Streitfälle entschieden werden, in denen die Kantone, welche sich zu Beginn des Jahrhunderts zahlreicher entstehender Polizei-

132) BGE 75 I 122 Cleuson, 78 I 14 ff Hongrin

133) Burckhardt, Bundesrecht, Bd. I, Nr. 284 III., IV., 285-290, 292-295.

aufgaben annahmen, die Erfüllung von Bundesaufgaben hinderten. Als Beispiel seien die Verbote des Motorfahrzeugverkehrs genannt, gegenüber welchen der Bund für seine Militär- und Postfahrzeuge deren Zulassung durchsetzte [134]. Allerdings wurden die Bundesfahrzeuge nicht generell von den kantonalen Vorschriften befreit, sondern nur während der Dienstfahrten [135]. Heute befindet sich nicht mehr der Bund in einer "Defensive" gegenüber dem kantonalen Recht, sondern umgekehrt die Kantone, die kaum mehr überschauen können, wieweit ihr Recht gegenüber der enormen Gesetzesproduktion des Bundes überhaupt noch gilt. Trotz ihrer ähnlichen Situation wie bei der heutigen Problematik der Kompetenzkumulationen führen diese Fälle kaum zu neuen Einsichten. Sie bestärken die These Burckhardts von der Interessenabwägung im Einzelfall. Sie prüfen die Erheblichkeit der Behinderung der Bundesaufgaben, geben aber keine darüber hinausgehenden materiellen Gesichtspunkte, weil noch zu sehr der Standpunkt eines personifizierten Gemeinwesens, die Abwägung von Hoheit und Macht, überwiegt und die Rechtsfrage kaum hervortritt.

Die Eignung des Kompetenzkonfliktes ist auch deshalb fraglich, weil dieses Rechtsmittel heute kaum mehr verwendet wird: Der letzte publizierte Bundesgerichtsentscheid stammt aus dem Jahre 1955 [136]; seither ist die Kompetenzverteilung nicht

134) Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 252 III, IV und VII.

135) Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 293 I

136) BGE 81 I 35 ff.: Er behandelt Flugplatzgebühren in Genf-Cointrin (siehe auch oben N.121). Im gleichen Jahr wurde ein entsprechender Kompetenzkonflikt auch vom Kanton Zürich ausgetragen (ZBl 1955, 564). Möglicherweise ist der nach Abschluss der Arbeit ausgetragene Kompetenzkonflikt um den Standort des Kernkraftwerkes Verbois ein Neubeginn für dieses Rechtsmittel: Das Bundesgericht entschied am 23. März 1977, dass durch die Standortbewilligung des EVED ein Kernkraftwerk nicht an einem Ort erstellt werden dürfe, der nach dem kantonalen Nutzungsplanungsrecht nicht zonengerecht sei. Daneben wurde festgestellt, der Entscheid des Bundes über die Flusswasserkühlung verpflichte den Kanton noch nicht, auch die Wasserentnahmekonzession zu erteilen. Das ist eine typische Beurteilung einer Kompetenzkumulation, allerdings nicht vom Kanton Genf dem Bundesgericht unterbreitet, sondern vom Bundesrat weitergeleitet, an den die Beschwerde gerichtet worden war.

sich nehmen muss, die auch Private trifft, danach beurteilt wird, ob sein Charakter als übergeordnetes Gemeinwesen und die Erfüllung seiner Aufgaben eine Gleichbehandlung mit den Privaten erlauben oder eine Andersbehandlung erfordern. Eine weitere Frage wird sein, ob der Zweck des betroffenen Bundesrechts die Rechtsvereinheitlichung oder schlichtes Verwaltungshandeln sei, insbesondere ob das Bundesrecht den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes anstrebt oder ob es eine bundeseigene Aufgabe betrifft.

Im Bereich der Kompetenzkumulationen bedeutet die Bundestreue demnach in erster Linie die gegenseitige Rücksichtnahme, sowohl beim Kompetenzgebrauch [125] wie auch bei der Rechtsanwendung. Als Gebot an den Gesetzgeber hat es weniger rechtliche, sondern vielmehr staatspolitische Bedeutung [126]. Bei der Rechtsanwendung kann darin ein Grundsatz der bundesstaatskonformen Auslegung gesehen werden, der v.a. Bundesnormen darauf hin untersucht, ob der Zweck der Norm auf Stärkung des Gesamtstaates hinzielt. Wenn nicht, ist der eigenständige Bereich der Gliedstaaten zu achten.

2.65 Die Praxis zum Kompetenzkonflikt

Als nächstes soll untersucht werden, ob sich aus der Praxis zum Kompetenzkonflikt Gesichtspunkte für die Beurteilung von Kompetenzkumulationen ergeben [127]. Das Bundesgericht hat den Kompetenzkonflikt immer unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung der Hoheit des Bundes von jener der Kantone betrachtet: Dabei ist interessant, dass in Konflikten, bei welchen die Zuständigkeit des Bundes bejaht wurde, jeweils erklärt

125) Hangartner, Kompetenzverteilung, 214 ff.

126) Hangartner, Kompetenzverteilung, 217

127) Art. 113 Ziff. 1 BV, Art. 83 litt. a OG, allgemein zum Kompetenzkonflikt: Huber, Kompetenzkonflikt, passim, Aubert, Droit constitutionnel, No. 1620 ff., Fleiner/Giacometti, 871 ff., Hangartner, Kompetenzverteilung, 197 ff.

nicht zuletzt auf zahlreiche nicht ausschliessliche und nicht umfassende neue Kompetenzen des Bundes zurückzuführen ist, geht davon aus, dass Normen des Bundes und der Kantone im Verhältnis zueinander nicht nur entweder widerspruchslos oder widersprechend sein können, sondern bisweilen einander ergänzen, überlagern und sogar voraussetzen.

Obgleich die allgemeine Praxis zur derogatorischen Kraft des Bundesrechts wenig hergibt, finden wir in einem speziellen Gebiet die gegenseitige Interessenlage, die mit jener der Kompetenzkumulationen am ehesten übereinstimmt. Beim Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts zum Bundeszivilrecht hat der Gesetzgeber denselben Grundentscheid getroffen, wie ich ihn für die Kompetenzkumulation allgemein postuliere: Art. 6 ZGB erklärt, dass die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden [140]. Das ist dieselbe Aussage wie meine These, dass die Kantone in dem ihnen vom Bundesrecht [141] zugestandenen Kompetenzbereich wirksames Recht sollen erlassen können. Der Hauptunterschied zwischen Kompetenzkumulation und Art. 6 ZGB liegt darin, dass dem kantonalen öffentlichen Recht gegenüber dem öffentlichen Recht des Bundes kaum eine expansive Kraft zugestanden werden kann [142]; es befindet sich faktisch in einer Abwehrposition gegen das expandierende Bundesrecht. Gleichwohl kann

140) Dazu allgemein: Huber, Komm. ZGB 6, N.77 ff., 209 ff., Fleiner/Giacometti, 87 f., Widmer, 67 f., Aubert, Droit constitutionnel, No. 648 ff.

141) Bundesrecht heisst hier nicht nur die BV, sondern auch Bundesgesetze, allg. verbindliche Bundesbeschlüsse, Staatsverträge sowie gesetzmässige Verordnungen. Siehe dazu oben 2.3, S. 41.

142) Wie dies Huber, Komm. ZGB 6, N.70 ff., gegenüber dem Bundeszivilrecht annimmt und insoweit Art. 6 ZGB als einen echten Vorbehalt betrachtet. Dagegen scheint Gygi, Rechtssetzungszuständigkeiten, 343, eher eine expansive Kraft des kantonalen Rechts abzulehnen: Er vertritt, die Aussage von Art. 6 ZGB dürfe "schwerlich zum Nennwert genommen werden", was in Verbindung mit seinem Postulat, das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts zum Zivilrecht sei nach denselben Grundsätzen zu beurteilen wie Grundrechtsbeschränkungen, eine expansive Kraft eigentlich ausschliesst (S. 352 ff.).

versucht werden, aus der bundesgerichtlichen Praxis entsprechende Grundsätze zum Schutz der Kantone abzuleiten. Die Frage heisst nicht, wann das Bundesrecht allgemein kantonales Recht zurückdrängen dürfe, sondern nur, wann das Bundesrecht, welches nicht ausdrücklich kantonales Recht ausschliesst, das kantonale Recht seiner Wirksamkeit berauben könne. Mit andern Worten ist zu prüfen, wann das kantonale Recht vor einer expansiven Auslegung und Anwendung des Bundesrechts zu schützen sei.

In einer konstanten Praxis verwendet das Bundesgericht die Formel, das öffentliche Recht des Bundes gehe dem kantonalen öffentlichen Recht immer vor [143]. Bei Betrachten der dieser Praxis zugrundeliegenden Fälle erkennt man, dass dieser Vorrang keineswegs absolut verstanden werden darf, sondern folgender Präzisierungen bedarf:

1. Der unbedingte Vorrang des öffentlichen Rechts des Bundes gilt nur für Materien, in welchen der Bund eine abschliessende Regelung aufstellt. Die Tatsache, dass in allen zitierten Entscheiden die kantonale Norm geschützt wurde [144], deutet darauf hin, dass das Bundesgericht nicht einfach - wie es Giacometti und Hangartner tun - im Zweifel eine abschliessende Bundesregelung annimmt [145]. Handelt es sich nicht eindeutig um eine abschliessende Regelung oder um Normen aufgrund verschiedener Kompetenzen, so besteht nur ein Vorrang des Bundesrechts, sofern sich keine vernünftige Auslegung finden lässt, die den Widerspruch zwischen den zwei Normen besei-

143) BGE 99 Ia 507, E.2a, 97 I 503, E.3a, 91 I 21, E.5, 89 I 180, E.3b, 88 I 170, E.3c, 291, litt. b mit überall fast identischer Formulierung.

144) BGE 99 Ia 504 ff.: Vorschriften über die Strassenprostitution; 97 I 499 ff.: Ladenschlussbestimmungen; 91 I 17 ff., 89 I 180 ff.: Abbruchverbote; 88 I 168 ff.: Kündigungsschutz für Mietwohnungen; 88 I 290 ff.: Arbeitszeit der Chauffeure.

145) Fleiner/Giacometti, 99, Hangartner, Kompetenzverteilung, 139, siehe dazu auch oben 2.62, S. 55 f.

tigt. Widersprüche, die erst bei der Rechtsanwendung "geschaffen" werden, rechtfertigen keine Derogation des kantonalen Rechts.

2. In einem neuesten Entscheid erklärt das Bundesgericht, das Verhältnis zwischen dem kantonalen öffentlichen Recht und dem Bundesstrafrecht sei nach den gleichen Grundsätzen zu ordnen wie das Verhältnis zwischen dem Bundeszivilrecht und dem kantonalen öffentlichen Recht [146]. Damit zeigt sich die begrüssenswerte Tendenz, dass nicht ohne weiteres eine Unvereinbarkeit zwischen zwei auf verschiedenen Kompetenzen beruhenden öffentlich-rechtlichen Regelungen desselben Lebenssachverhalts angenommen werden darf. Auf dem Gebiete des Strafrechts bedeutet das, dass die Kantone auch in Bereichen, die vom Bundesstrafrecht erfasst werden, Normen setzen dürfen, die mit dem Sinn und Geist des Strafrechts in Einklang stehen [147]. Eine nicht erlaubte Vereitelung des Bundesrechts dürfte v.a. dort angenommen werden, wo ein vom Bundesgesetzgeber absichtlich straffrei gelassenes Verhalten vom Kanton so beeinflusst wird, dass es ohne Vorliegen eines triftigen öffentlichen Interesses verboten und mit Strafe bedroht wird [148].

3. Ausserhalb des Strafrechts lässt dieses Urteil den Schluss zu, dass sich Bundesorgane beim Schweigen des Bundesgesetzgebers nur beim Vorliegen sehr wichtiger Gründe über kompetenzgerechtes kantonales Recht hinwegsetzen dürfen. Dies wird noch nicht eine strikte "Bindung des Bundes" an das kantonale Recht bedeuten, ihm aber die Pflicht auferlegen, das

146) BGE vom 5. November 1975 i.S. Frau S., BGE 101 Ia 575 ff., 580, EuGRZ 1976, 330 ff. Frau S. focht eine kantonale Bestimmung an, die eine legale Schwangerschaftsunterbrechung von einem Wohnsitzerfordernis abhängig machte. Kritik an dieser schon in BGE 74 I 143 geäusserten These der Analogie zu Art. 6 ZGB bei Huber, BE Komm. ZGB 6, N. 53.

147) Anwendungsbeispiele: Regelung der Strassenprostitution (BGE 101 Ia 473 ff., 99 Ia 507 f.), Jugendbeschränkungen für Filmvorführungen usw., Filmzensur (heute fraglich).

148) Verbot, tagsüber auf öffentlicher Strasse der Prostitution nachzugehen (BGE 101 Ia 481 f.).

Einvernehmen mit den Kantonen zu suchen und möglicherweise bei bewilligungspflichtigen Vorkehren Ausnahmebewilligungen zu verlangen.

Die Grundsätze zur Frage, wann kantonales öffentliches Recht neben dem öffentlichen Recht des Bundes Bestand haben kann, können folgendermassen formuliert werden:

1. Der Kanton muss für seine Regelung ein "haltbares öffentliches Interesse" geltend machen können [149]. Für die Abwägung zwischen öffentlichem Recht des Bundes und der Kantone wird dies ein kantonales öffentliches Interesse sein müssen, das jenes des Bundes übersteigt.

2. Das kantonale Recht darf nicht dem "Sinn und Geist des Bundesrechts" zuwiderlaufen [150]. Dies wird in Fällen anzunehmen sein, in denen das Bundesrecht zur Rechtsvereinheitlichung erlassen wurde. Weiter wird damit gesichert, dass nicht eine Norm des Bundes, die eindeutig auf die Ausschaltung des kantonalen Rechts gerichtet ist, in ihrer Anwendung beschränkt wird [151].

3. Das kantonale Recht darf nicht einer Vereitelung des Bundesrechts gleichkommen [152], d.h. nicht die Erfüllung einer Bundesaufgabe verhindern oder erheblich erschweren.

Die Gesichtspunkte der Ziffern 2 und 3 sind sicher kaum auseinanderzuhalten [153]; es rechtfertigt sich gleichwohl, beide gesondert aufzuführen: Der Widerspruch zu Sinn und Geist des Bundes-

149) Huber, BE Komm. ZGB 6, N.209 ff.

150) Huber, BE Komm. ZGB 6, N.213

151) Das sind v.a. Normen, welche eine durch den Bund selbst zu vollziehende Aufgabe betreffen, bei der nicht der Rechtsvereinheitlichungsgesichtspunkt eine Rolle spielt, sondern die rationelle Aufgabenerfüllung. Z.B. wird Art. 7 ElG vom Bundesgericht eine solche Wirkung zugeschrieben; diese Bestimmung schaltet das kantonale Recht nicht ausdrücklich, aber nach Auslegung des Bundesgerichts doch eindeutig aus (BGE 97 I 524 ff.); siehe dazu oben 2.61, S. 50.

152) Huber, BE Komm. ZGB 6, N.214

153) Das hält auch Huber, BE Komm. ZGB 6, N.213, fest.

rechts erfasst vor allem jene Fälle, wo dem Bundesrecht selber ein Entscheid seiner Stellung zum kantonalen Recht durch Auslegung entnommen werden kann, ohne dass dies der Wortlaut zum vornherein klarstellt. Die Vereitelung des Bundesrechts betrifft v.a. jene Fälle, in denen rücksichtsvolles kantonales Recht grundsätzlich vom Bund eingehalten werden könnte, aber eine konkrete kantonale Regelung die Erfüllung der Bundesaufgabe oder die Wahrnehmung eines bundesrechtlich gewährten Rechtes erheblich behindert.

Mit den genannten Kriterien sind zwei Sonderfälle des Verhältnisses von Bund und Kantonen noch nicht vollständig erfasst: Es ist eine noch verstärkte Bindung des Bundes möglich, wenn das Bundesrecht ausdrücklich die Berücksichtigung von Schutzgütern, welche vom kantonalen Recht erfasst werden, als Pflicht des Bundes nennt, oder wenn es sich um eine "gemeinsame Aufgabe" [154] von Bund und Kantonen handelt. Der erste Fall liegt in Art. 24 sexies Abs. 2 BV vor und wird im Zusammenhang mit dem Natur- und Heimatschutz näher erörtert [155]. Die gemeinsame Aufgabe finden wir in der Raumplanung in Art. 22 quater Abs. 2 und 3 BV [156]. Beide werden im Zusammenhang mit der Kompetenzabgrenzung im betreffenden Gebiet kurz erörtert.

2.7 Entscheid aufgrund einer Stellung innerhalb einer Wertordnung in der Verfassung

Die Verfassung nimmt nicht nur eine blosse Kompetenzzuweisung im Sinne der Ermächtigung zum Erlass von Gesetzen vor, sondern trifft damit auch Wertentscheide, indem die Normierung eines Lebensbereiches zum Schutze bestimmter Rechtsgüter als notwendig erklärt wird. Der Gesetzgeber steht dann bei der Erfüllung der Verfassungsaufträge nicht selten vor der Tatsache, dass sich mehrere Schutzgebote nicht vereinbaren lassen oder die

154) siehe oben 2.62, S. 59
155) siehe unten 3.21, S. 82 ff.
156) siehe unten 3.331, S. 169 ff.

Erfüllung einer Bundesaufgabe sich mit andern öffentlichen Interessen nicht verträgt.

In der schweizerischen Rechtslehre wurde der Versuch unternommen, Kriterien für solche Interessenabwägungen zu finden und damit eine einheitliche Wertordnung innerhalb der BV festzulegen [157]. Danach stehen die militärischen Interessen an erster Stelle, gefolgt von der Sicherung von Ruhe und Ordnung im Sinne des polizeilichen Schutzes des Individuums, an letzter Stelle folgen die Ziele des Wohlfahrtsstaates. Ausserhalb dieser Pyramide, ihr als "höhere geistige Werte" eigentlich übergeordnet, steht die individuelle Freiheit, garantiert nicht nur durch die Freiheitsrechte, sondern auch durch die Demokratie, die föderative Struktur der Schweiz, die Gewaltenteilung und den Rechtsstaat [158]. Die Freiheitsrechte stehen nicht innerhalb der Werthierarchie, weil sie in zahlreichen Fällen den andern Werten zu weichen haben.

Der Versuch, in der unübersichtlichen schweizerischen Bundesverfassung eine Wertordnung aufzustellen, kann durch die unübersehbare Tatsache gestärkt werden, dass neben fundamentalen Grundsätzen wie Art. 4 BV Verfassungsbestimmungen bestehen, in welchen unbestrittenermassen untergeordnete Materien einlässlich geregelt werden [159]. Wenn damit nur die tatsächliche Bedeutung dieser Normen für unseren Staat angesprochen wird, ist dies unbedenklich; unter Umständen - damit wird es allerdings schon problematisch - könnte die Rangordnung noch als Richtschnur für den Gesetzgeber verstanden werden. Es darf daraus jedoch keine Kollisionsregel für die Rechtsanwendung abgeleitet werden, indem die vorzunehmende Interessenabwägung schon in der Verfas-

157) Reichlin, 287a ff., Nef, Wertordnung, 190 ff., gestützt darauf Bernet, 36 ff. Zum Teil auf der gleichen Vorstellung beruht die Lehre von den materiellen Schranken der Verfassungsrevision: W. Kägi, Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, ZSR 1956, 739a ff., P. Siegenthaler, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts, Bern 1970.

158) Nef, Wertordnung, 196 ff.

159) Z.B. Art. 32 bis, ter, 48 BV

sung zum voraus entschieden sei. Die weniger wichtige Norm kann auch nur durch eine Verfassungsinitiative, die am politischen Tagesgeschehen ausgerichtet war [160], oder als Norm, die aus referendumstaktischen Gründen die Gesetzgebung vorwegnimmt [161], eingeführt worden sein.

Die Lehre von der Wertordnung hat sich z.B. im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit in dem Sinne geäussert, dass dieses Grundrecht bestimmend für Normierung und Auslegung aller wirtschafts- und sozialpolitischen Aufgaben sein müsse [162], was als Konkretisierung eines politischen Vorverständnisses abzulehnen ist [163]. Das Bundesgericht hat sich im Entscheid Righi [164] klar gegen eine Höherrangigkeit bestimmter Normen innerhalb der Verfassung ausgesprochen und die Koordinationsbedürftigkeit der Verfassungsbestimmungen betont. Damit lässt es den richtigen Weg offen: Die konkurrierenden Interessen sind im Einzelfall im Sinne der Ausgleichung, nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz und dem Massstab funktionaler Richtigkeit [165] abzuwägen.

Mit Beispielen aus dem Bereich der von allen Autoren hoch eingestuften militärischen Interessen soll gezeigt werden, dass eine starre Wertordnung unserer Rechtsordnung widerspricht. Das "militärische Interesse" umfasst ein breites Spektrum von Interessenanlagen, welche sich auf Landschaften auswirken können. Es reicht vom zeitlich befristeten Benützen

160) Typisch dafür das Absinthverbot, Art. 32 ter BV

161) Z.B. aus letzter Zeit Art. 25 bis Abs. 2 BV oder die letzte AHV-Vorlage Art. 32 bis Abs. 9, 34 quater, 41 bis Abs. 1 litt. c und Ueb.best. 11 BV, wo die künftige Gesetzgebung bis in viele Einzelheiten vorgezeichnet ist.

162) Siehe die Darstellung dieser Doktrin: Gygi, Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 268 ff., 360 ff. (3.2.2)

163) Müller, Sozialrechte, ZSR 1973 II 728

164) BGE 99 Ia 618

165) Hesse, Grundzüge, 28 f.

von Grund und Boden für eine Fahnenübernahme oder den Stellungsbau während einer Manöverübung über das Einrichten eines Schiess- und Truppenübungsplatzes bis zum Sprengen eines historischen Bauwerkes von internationaler Bedeutung im Kriegsfall. Es ist keiner näheren Begründung bedürftig, dass durch den kurzfristigen Gebrauch einer bestimmten Oertlichkeit für militärische Zwecke keine Schutzvorschriften des Landschaftsschutzes missachtet werden dürften, wenn als Folge ein Schutzobjekt dauernd beeinträchtigt würde. Ebenso dürften Landschaftsschutzinteressen in der Regel höher einzustufen sein als das Interesse an der Errichtung eines Truppenübungsplatzes. Ein solcher ist kaum gerade an den betroffenen, schützenswerten Standort gebunden, doch muss hier schon berücksichtigt werden, dass die Zahl der heute noch möglichen Standorte in unserem Lande begrenzt ist, so dass allenfalls lokale Landschaftsschutzinteressen doch zurückzutreten haben.

Für den Fall eines Krieges verneint das Bundesgesetz über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten [166] ebenfalls den behaupteten Vorrang des militärischen Interesses, indem die beschilderten Schutzobjekte grundsätzlich nicht durch Kampfhandlungen beeinträchtigt werden dürfen. Dieses allgemeine Verbot wird durch die Ausnahmebestimmung relativiert, "dass in Ausnahmefällen unausweichlicher militärischer Notwendigkeit" der Schutz aufgehoben werden kann [167]. Dass daraus nicht die grundsätzliche Dominanz des "militärischen Interesses" abgeleitet werden kann [168], zeigt sich

166) SR 520.3. Allgemein zum Kulturgüterschutz: Eveline Lattmann: Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten, Diss. Zürich 1974

167) Art. 21 Kulturgüterschutz G

168) Diese Auffassung vertritt Bernet, 38, u.a. unter Berufung auf VEB 1937, Nr. 140.

daran, dass die Feststellung des Ausnahmefalles einem Truppenführer höheren Grades zusteht [169].

Wenn eine unser Recht durchziehende einheitliche Wertordnung nicht festgestellt werden kann, so ist für Interessenabwägung doch zu berücksichtigen, dass gerade Interessen, die eine geringe Messbarkeit aufweisen und nicht von starken Interessengruppen gefördert werden, eine besondere Beachtung verdienen, weil mit ihrem Zurseiteschieben unwiederbringliche Verluste verbunden sind. Der Abbruch eines historischen Gebäudes von hohem künstlerischem Wert, aber auch das Verschwinden der für das vorindustrielle Zeitalter charakteristischen Handwerksbetriebe in den Dörfern, sind bei realistischer Betrachtung nicht mit der kurzfristigen Einsparung öffentlicher Mittel aufgewogen. Auch bei der Berücksichtigung der angespannten finanziellen Lage der Gemeinwesen sind öffentliche Geldmittel vermehrbar, und es sollte eigentlich der "Wert" von nicht erneuerbarem Kulturgut höher eingestuft werden. Hier muss sich die Vorstellung über die ausschlaggebenden öffentlichen Interessen jedoch noch ändern, was auch für die Ablehnung einer starren, immer an Ort und Zeit gebundenen Werthierarchie spricht [170].

2.8 Ergebnis

1. Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen hat sich seit 1874 sehr kompliziert. Grund dafür sind die unterschiedlichen Ausscheidungskriterien der Kompetenzen und die nicht in allen Kompetenzen gleich weit gehende Rechts-

169) Bei Kulturgut unter Sonderschutz ist dies mindestens ein Divisionskommandant, beim normal geschützten Kulturgut "der örtlich zuständige militärische Führer", was, seltene Ausnahmefälle ausgenommen, sicher mindestens ein Kompagniekommandant sein wird, der für den taktischen Einsatz seiner Truppe verantwortlich ist.

170) Imholz, N + H, 70 f.

setzungsbefugnis des Bundes. Das hat zur Folge, dass derselbe Lebenssachverhalt von mehreren Kompetenzen erfasst wird, was als Kompetenzkumulation bezeichnet werden kann, auch wenn streng logisch jede einzelne Kompetenz (mit Ausnahme echter Parallelkompetenzen) entweder dem Bund oder den Kantonen zugewiesen ist.

2. Kompetenzkumulationen vertragen sich häufig, indem die verschiedenen Normen widerspruchslos kumulativ angewandt werden können.

3. Die Ausgrenzung sich ausschliessender Kompetenzausübungen ist in erster Linie Sache des Bundesgesetzgebers, der über Art und Grad des Ausschlusses oder des Vorbehalts des kantonalen Rechts bestimmen kann. Es sind jedoch nicht alle Fälle voraussehbar oder einer generellen Regelung zugänglich.

4. Fehlt ein ausdrücklicher Entscheid des Bundesgesetzgebers, so ist keinesfalls von einer vorgegebenen Dominanz des Bundesrechts über ebenfalls kompetenzgerechtes kantonales Recht auszugehen, sondern es ist eine beide Kompetenzen berücksichtigende Interessenabwägung vorzunehmen.

5. Die Bundesorgane sollen kompetenzgerechtes kantonales Recht unter folgenden Voraussetzungen einhalten:

   - Der Kanton muss ein das Interesse des Bundes überwiegendes Interesse haben.
   - Das kantonale Recht darf nicht dem Sinn und Geist des Bundesrechts widersprechen.
   - Das kantonale Recht darf nicht einer Vereitelung des Bundesrechts gleichkommen.

6. Wenn möglich soll ein Widerspruch zwischen dem Recht des Bundes und der Kantone durch "kantonalrechtskonforme" Auslegung des Bundesrechts nach dem Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme vermieden werden. Dabei muss auch eine tragbare Erschwerung der Erfüllung einer Bundesaufgabe in Kauf genommen werden.

3 Die Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination im Landschaftsschutz durch die Bundesgesetzgebung

3.1 Uebersicht

Der Landschaftsschutz ist heute unbestrittenermassen eine vordringliche Aufgabe des Rechts. Daraus, dass er in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich genannt ist, darf weder geschlossen werden, er sei rechtlich nicht zu regeln, noch, er falle in den ausschliesslichen Aufgabenbereich der Kantone. Innerhalb des uneinheitlichen Kataloges der Bundeskompetenzen [1] finden sich zahlreiche bestehende Bundesaufgaben, die stärkere oder schwächere Beziehungen zum Landschaftsschutz haben. Die folgende Liste nennt die hauptsächlichsten dieser Kompetenzen und ordnet sie nach der Art und dem Grad der Regelungsbefugnis des Bundes.

Umfassende Bundeskompetenzen nach Sachgebieten:

- Art. 20 und 22: Heerwesen
- Art. 22 bis: Zivil- und Kulturgüterschutz
- Art. 24 bis Abs. 2 litt. a: Gewässerschutz [2]
- Art. 24 ter: Schiffahrt
- Art. 24 quater: Fortleitung und Abgabe elektrischer Energie
- Art. 24 quinquies: Atomenergie, Schutz vor ionisierenden Strahlen
- Art. 24 sexies Abs. 4: Tier- und Pflanzenschutz
- Art. 26: Eisenbahnen
- Art. 26 bis: Rohrleitungen
- Art. 36: Post- und Telegraphenwesen
- Art. 36 bis: Nationalstrassen
- Art. 37 bis: Automobile und Fahrräder
- Art. 37 ter: Luftschiffahrt

1) siehe oben 2.1, S. 29

2) Die Aufnahme des Gewässerschutzes als Sachgebiet mag inkonsequent wirken. Ich habe ihn hier untergebracht, weil er anders als der Umweltschutz noch enger begrenzbar ist und deshalb nicht unbedingt als Querschnittproblem bezeichnet werden muss. Dasselbe gilt auch für die folgenden Kompetenzen aus Art. 24 quinquies und 24 sexies Abs. 4.

Teilweise Kompetenzen nach Sachgebieten:

- Art. 24 Wasserbau- und Forstpolizei
- Art. 24 bis Abs. 1: Nutzbarmachung der Wasserkräfte
- Art. 25: Jagd und Fischerei [3]
- Art. 34 sexies: Wohnungsbau
- Art. 37 Abs. 1: Strassen- und Brückenaufsicht

Parallele Kompetenzen nach Sachgebieten:

- Art. 23: Oeffentliche Werke

Von den Kompetenzen nach Ordnungskriterien fällt mit Bestimmungen von Bedeutung für den Landschaftsschutz das Zivilrecht in Betracht (Art. 64 BV).

Der Zielsetzung des Landschaftsschutzes näher verwandt sind die Kompetenzen nach Querschnittproblemen und nach Staatsprogrammen: Es handelt sich um die umfassende Bundeskompetenz im Umweltschutz (Art. 24 septies BV), die teilweise in der Raumplanung (Art. 22 quater Abs. 1 BV) [4] und die beiden parallelen Kompetenzen, die die Zusammenarbeit mit den Kantonen in der Raumplanung (Art. 22 quater Abs. 2 BV) und die Berücksichtigung des Natur- und Heimatschutzes bei Erfüllung von Bundesaufgaben (Art. 24 sexies Abs. 2 BV) vorschreiben [5].

Die Kompetenzumschreibungen nach Querschnittproblemen strahlen schon von ihrer Anlage auf verschiedene Sachgebiete aus, sie sind in dieser Hinsicht gleichgelagert wie der Landschaftsschutz: Alle oben genannten Sachgebiete sind nicht nur landschaftsrelevant, sondern auch raum- und umweltrelevant [6].

3) Diese Bestimmung scheint eine umfassende Kompetenz zu erteilen, doch wurde sie meist nur als teilweise betrachtet und bisher auch nur als solche ausgeübt. Hangartner, Kompetenzverteilung, 177 f.

4) Art. 22 quater BV gibt dem Bund eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz.

5) Es ist nicht unbestritten, ob Art. 22 quater Abs. 2 und 24 sexies Abs. 2 BV überhaupt Kompetenzbestimmungen sind. Siehe dazu unten 3.21, S. 84 f. und 3.331, S. 169 f.

6) Hier zeigt sich klar die Unschärfe der Begriffe "Landschaft", "Raum" und "Umwelt". Die Kompetenzen erhalten erst in Verbindung mit den Zielsetzungen klarere Konturen.

Für die Erörterung der Aufgabenverteilung auf dem Gebiete des Landschaftsschutzes gehe ich von den drei "programmatischen" und sachgebietüberschreitenden Kompetenzen aus und behandle im Anschluss an jede von ihnen ausgewählte Sachkompetenzen, die der Zielsetzung der Querschnittskompetenz am nächsten liegen [7].

3.2 Der Natur- und Heimatschutz

3.21 Der Verfassungsartikel

Mit der Aufnahme des Natur- und Heimatschutzartikels in die BV im Jahre 1962 sollte die Grundlage einer sachgerechten Abwägung zwischen dem unbestrittenen Schutzbedürfnis von "Natur und Heimat" und der sie gefährdenden Entwicklung der Wirtschaft und Technik geschaffen werden. Der Bund nahm dazu keine weitreichende Gesetzgebungskompetenz in Anspruch, sondern hauptsächlich die Verpflichtung, bei der Erfüllung seiner eigenen Aufgaben den Natur- und Heimatschutz zu berücksichtigen, dazu kommt eine Förderungskompetenz und die hier weniger wichtige Kompetenz zur Regelung des Pflanzen- und Tierschutzes.

Art. 24 sexies Abs. 1 BV, der den Natur- und Heimatschutz als "Sache der Kantone" erklärt, hat nach übereinstimmender Meinung deklaratorischen Charakter [8]. Er wurde aufgenommen, um die Befürchtungen der Kantone zu zerstreuen, ihre Kompetenzen würden zu stark eingeschränkt, und um Gewähr zu bieten, "dass die Tragweite der neuen Bundeskompetenzen in den Ausführungserlassen nicht zum Nachteil der Kantone ausgedehnt wird" [9].

7) Diese Zuweisung ist nicht immer klar vorgegeben, sie kann auch nicht durchgehend eingehalten werden. So ist z.B. bei den Luftseilbahnkonzessionen auch die Raumplanung einzubeziehen, obwohl der Landschaftsschutz im Sinne des Natur- und Heimatschutzes vorerst im Vordergrund steht.

8) Hangartner, Kompetenzverteilung, 121; Naturschutz, 236; Imholz, N + H, 41

9) BBl 1961 I 1110

Neben dieser Bedeutung soll Art. 24 sexies Abs. 1 BV auch die Kantone zur verstärkten Wahrnehmung ihrer Aufgabe auffordern.

Art. 24 sexies Abs. 2 erklärt, dass der Bund "in Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten" habe [10].

Unter den Begriff der Bundesaufgabe fallen in erster Linie die in Art. 2 NHG genannten Vorkehrungen des Bundes, also Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen, die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen und die Gewährung von Beiträgen. Diese beispielhafte Aufzählung [11] enthält ausschliesslich rechtsanwendende Bundesaufgaben, die Rechtssetzung ist nicht ausdrücklich erwähnt. Dass diese dazu gehört, geht aus der Botschaft zum Verfassungsartikel [12] und aus zahlreichen ausdrücklichen Beispielen [13] in Erlassen vor und nach

10) Man kann sich fragen, ob nicht schon dadurch, dass diese Berücksichtigungspflicht in der BV niedergelegt ist, ein Vorrang von Art. 3 Abs. 1 NHG, welcher dasselbe wiederholt, vor allen späteren Bundesgesetzen statuiert wird. Praktisch ist jedoch die Verfassungsnorm nicht justiziabel; sie statuiert insbesondere kein verfassungsmässiges Recht; auf dem Weg der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde wird die richtige Anwendung von unter der Verfassung stehenden Erlassen geprüft, also hier das NHG. Erst bei einer abstrakten Normenkontrolle könnte Art. 24 sexies 2 eigenständige Wirkung entfalten.

11) "insbesondere ...", BBl 1965 III 94, Imholz, N + H, 45

12) BBl 1961 I 1111

13) Siehe z.B. unten 3.233, S. 130, Anm. 205, 3.234, S. 141, 3.331, S. 172 ff.

1962 hervor [14]. Dass diese wichtige "Bundesaufgabe" nicht ausdrücklich in den Beispielen des Art. 2 NHG erwähnt worden ist, scheint bedauerlich, ist aber möglicherweise darauf zurückzuführen, dass der Natur- und Heimatschutz als "allgemeines staatliches Ziel" [15] betrachtet wurde.

Es fragt sich, ob durch die Pflicht, den Natur- und Heimatschutz in der Bundesgesetzgebung zu berücksichtigen, bei der Einführung neuer Bundeskompetenzen [16] nicht auch die Bundeskompetenz auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes fortschreitend erweitert wird. Betrachtet man wie Hangartner Art. 24 sexies Abs. 2 gar nicht als eine Kompetenznorm [17], sondern nur als einen Verweis auf bestehende Zuständigkeiten und die Art ihrer Ausübung [18], so muss eine Kompetenzverschiebung verneint werden. Von dieser Auffassung geht auch die Aussage aus, das NHG schöpfe die Bundeskompetenz voll aus [19]. Fasst man dagegen den Begriff der Kompetenz mehr als Auftrag zur rechtlichen Regelung bestimmter Sachverhalte auf, so wird mit der Zuweisung jeder neuen Bundesaufgabe die Kompetenz des Bundes im Bereiche des Natur- und Heimatschutzes erweitert [20]. Gegen diese Kompetenzerweiterung brauchen keine bundesstaatlichen Bedenken angebracht zu werden: Es findet keine "Machtverschiebung" statt, als welche Kompetenzänderungen noch verstanden werden, sondern vielmehr eine Ausweitung der Berücksichtigungspflicht des Bundes und die Kostenverlagerung auf den Bund, genauer gesagt, die Landschaftsschutzkosten er-

14) Imholz, N + H, 46, Munz, Landschaftsschutz, 27 und Hunziker, Mitwirken des Bundes, 140 erwähnen die Rechtssetzung ebenfalls.

15) BBl 1961 I 1111, litt. b

16) z.B. Art. 22 quater, 24 septies BV

17) Hangartner, Kompetenzverteilung, 71

18) Hangartner ist darin nicht ganz konsequent, 188 nennt er Art. 24 sexies Abs. 2 eine Parallelkompetenz zu jener der Kantone, was wohl besser zutrifft.

19) BBl 1965 III 92; StenBull SR 1966, 9; Munz, Landschaftsschutz, 23, N + H, 39

20) siehe dazu oben 2.1 , S. 29 ff.

scheinen als Teil der betreffenden Sachkosten, z.B. des Nationalstrassenbaus, sie sind also nicht mehr "Natur- und Heimatschutzausgaben".

Das Zusammentreffen von Natur- und Heimatschutzrecht mit einer andern staatlichen Aufgabe von Bund oder Kantonen bildet zweifellos eine Kompetenzkumulation. Wird nur Art. 24 sexies Abs. 1 BV berücksichtigt, so hätte sich das Bundesrecht mit dem positiven kantonalen Natur- und Heimatschutzrecht nach den in Kapitel 2 aufgestellten Gesichtspunkten auseinanderzusetzen. Das würde bedeuten, dass der Bund kantonales Recht soweit möglich einzuhalten habe, insbesondere müsste er räumlich umgrenzte kantonale Schutzgebiete entweder meiden oder prüfen, ob trotz Beeinträchtigung durch die Bundesaufgabe der Schutzzweck aufrechterhalten werden kann.

Die Erwähnung der Berücksichtigungspflicht in Art. 24 sexies Abs. 2 BV bildet eine ausdrückliche Stellungnahme des Bundesverfassungsgebers, wie ich sie grundsätzlich für die Behandlung von Kompetenzkumulationen postuliere, doch ist mit der Feststellung, dass einerseits Natur- und Heimatschutz Sache der Kantone ist und andererseits der Bund eine Berücksichtigungspflicht erfüllen muss, das Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes noch nicht geklärt. Bedeutet Art. 24 sexies Abs. 2 BV die Einhaltung kantonalen Rechts, die ausschliessliche Bindung an geschriebenes Bundesrecht oder eine freie Würdigung durch die zuständigen Bundesorgane? Diese Frage ist durch das allgemeine bundesstaatliche Rücksichtnahmegebot, das für alle Kompetenzkumulationen postuliert worden ist [21], noch nicht völlig beantwortet.

Die Bedeutung des Abs. 2 hängt im wesentlichen davon ab, wie die unterschiedliche Formulierung in Abs. 1, wo "Natur- und

21) siehe oben 2.64, S. 62 ff.

Heimatschutz" allgemein genannt wird, und Abs. 2, der das "Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler" nennt, gewertet wird. Die Aufzählung der einzelnen Kategorien von Schutzobjekten lässt darauf schliessen, dass der Bund die Landschafts- und Ortsbilder usw. würdigt, wie wenn kein kantonales Recht bestünde oder nur kantonales Recht, das für den Bund keineswegs verpflichtend wirkt. Nach der Botschaft zum Verfassungsartikel [22] darf die nicht abschliessende Aufzählung der "möglichen Objekte eines zeitgemässen Natur- und Heimatschutzes" als Illustration des Begriffes "Natur- und Heimatschutz" und diesem gleichbedeutend verstanden werden. Die Aufzählung lässt sich v.a. durch die Verbindung mit der Umschreibung, wie die Pflicht zu erfüllen sei - "schonen und ... ungeschmälert ... erhalten" - erklären.

Das Ergebnis, dass Abs. 2 auch einfach lauten könnte, der Bund habe bei der Erfüllung seiner Aufgaben den Natur- und Heimatschutz zu berücksichtigen, ist bedeutsam für die Stellung zu kantonalem Recht: Wenn nämlich, wie oben festgestellt, beim Fehlen des Abs. 2 sich der Bund aufgrund der vorgenommenen Kompetenzverteilung in den meisten Fällen an das kantonale Recht halten müsste, so darf die Aufnahme einer ausdrücklichen Berücksichtigungspflicht in die Verfassung nicht plötzlich als Schmälerung der Position des kantonalen Rechts aufgefasst werden. Indem der Bund die Bedeutung der Rücksichtnahme auf Natur und Heimat in der Verfassung unterstrich, wird das kantonale Recht aufgewertet und dessen Einhaltung dem Bund als Pflicht auferlegt und nicht umgekehrt, wie das aus einzelnen Aeusserungen bei Bewilligungsverfahren des Bundes hervorzugehen scheint [23], einfach die Wertung der Schutzwürdigkeit un-

22) BBl 1961 I 1112 litt. d

23) Z.B. BGE 97 I 529. Zutreffender dagegen die Praxis bei der Kernkraftwerkbewilligung: ZBl 1973, 404 f. (Verwaltungsgericht Aargau), BGE 99 Ia 261 litt. c (die Frage der Einhaltung der kantonalen und kommunalen Vorschriften wird offengelassen), ZBl 1974, 89 (Verwaltungsgericht Solothurn); siehe dazu unten 3.423, S. 216 ff.

geachtet der Kompetenzverteilung einer Bundesstelle übertragen, die überdies auch fachlich nicht kompetent zu sein braucht.

Bei der geltenden Kompetenzverteilung im Natur- und Heimatschutz ist also vorweg das geltende kantonale Recht als Ausdruck der vom Bund zu berücksichtigenden Interessen des Natur- und Heimatschutzes zu betrachten und einzuhalten. Diese Auffassung entspricht auch der mehrfachen Beteuerung in der bundesrätlichen Botschaft, der Art. 24 sexies Abs. 2 BV enthalte eine Norm mit rechtsverbindlichem Inhalt [24]. Die Weiterführung einer uneinheitlichen Praxis der Bundesbehörden auch nach dem Erlass des Art. 24 sexies BV und dem NHG lässt vermuten, dass sich in der Anwendung der Absatz 2 gleichwohl nur als "freundliche Ermahnung" [25] erweist, die dazu teilweise nur derart erfüllt wird, dass die Ermahnung an die Bewilligungsbehörden einfach an private Bewilligungsnehmer weitergegeben wird.

Es ist allerdings schon hier einzuräumen, dass ein wesentlicher Grund für die uneinheitlich erscheinende Praxis des Bundes das zum Teil rudimentäre kantonale Recht ist. Dieses besteht häufig auch nur aus "freundlichen Ermahnungen" und enthält statt konkreter, nach Raum und Schutzgrad festgelegter Bestimmungen blosse Generalklauseln. Diese erlauben in krassen Fällen - und mit Einsatz grosser Mittel, die sonst vielleicht nicht nötig wären, weil die Spekulation schon vorher ausgeschlossen würde - das Ziehen der Notbremse. Sie entfalten jedoch nicht eine jederzeit feststellbare Schutzwirkung.

Die Güterabwägung zwischen den Interessen des Strassenbaus und des Natur- und Heimatschutzes hätte möglicherweise im Fall Schulthess-Rechberg [26] anders ausgesehen, wenn das Gebäude

24) BBl 1961 I 1106, 1111

25) So Schaumann, Auslegung zu für die Berücksichtigungspflicht im Raumplanungsartikel.

26) BGE 97 I 573 ff.

mit einem denkmalpflegerischen Abbruchverbot belegt gewesen wäre. Hier konnte sich das Bundesgericht erlauben, die Schutzwürdigkeit des Gebäudes, das dem Nationalstrassenbau im Raume der Stadt Zürich weichen musste, mit dem nicht überzeugenden Argument zu verneinen, der Familiensitz "Zum engen Weg" sei zwar eine beachtliche Anlage, "jedoch weder ... ein historisches noch sonst ... ein Bauwerk ersten Ranges", weil er sonst im Sammelwerk "Die Kunstdenkmäler der Schweiz" nicht nur beschrieben, sondern auch abgebildet worden wäre [27]. Es kann der fehlende Schutz auch nicht immer den Kantonen oder Gemeinden angelastet werden, sondern es ist der bisweilen vehemente Widerstand der Grundeigentümer zu berücksichtigen, die sich erst bei einer ihnen nicht genehmen Beeinträchtigung auf die Erhaltenswürdigkeit ihres Eigentums im Sinne des Natur- und Heimatschutzes berufen, während sie sich früher einer wirksamen Unterschutzstellung widersetzt haben.

3.22 Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung

3.221 Materielle Schutzbestimmungen des NHG

Im Bereiche des NHG [28] finden sich vereinzelte materielle Schutzbestimmungen mit Auswirkungen auf die Landschaft:

Art. 18 Abs. 1 NHG verlangt "die Erhaltung genügend grosser Lebensräume (Biotope)" zum Schutz einheimischer Tier- und Pflanzenarten. Es entsteht der Eindruck eines effektiven Schutzes dieser Räume, welche immer zugleich auch Charakteristika der Landschaft sind. Obwohl es eindeutig Wille des Gesetzgebers war, den Biotopschutz wirksam werden zu lassen, wie aus der Erwähnung von Ausführungsvorschriften zu Art. 18 Abs. 1 in den

27) BGE 97 I 587

28) Entstehungsgeschichte und allgemeine Darstellung des NHG siehe Munz, N + H, 39 ff., Landschaftsschutz, 22 ff.; Imholz, N + H, 39 ff., Bühler, N + H, 26 f., Arcioni, 419 ff.

Strafbestimmungen [29] hervorgeht, wurde die Schutzpflicht in Art. 25 NHV, der die Erhaltung nur noch "nach Möglichkeit" vorschreibt, im Ergebnis zu einer blossen Empfehlung abgeschwächt. Der Biotopschutz kann sich bei dieser Rechtslage nur bei Erfüllung einer Bundesaufgabe entfalten, wo er auch ohne ausdrückliche Vorschrift zu beachten wäre; zugleich ist die Bestimmung eine Aufforderung an die Kantone, "ergänzende Vorschriften" [30] zu erlassen.

Bedeutsam ist für den Biotopschutz auch der Vorbehalt schutzwürdiger land- und forstwirtschaftlicher Interessen [31]. Die Biotope beeinträchtigen zum Teil die rationelle Bewirtschaftung grösserer zusammenhängender Flächen; Meliorationen und Düngemittel gefährden den Fortbestand typischer Pflanzenarten, Schädlingsbekämpfungsmittel eliminieren die Nahrungsquellen "nützlicher" Tiere und vergiften sie. Dieser schwierige Interessenausgleich muss sowohl auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene vorgenommen werden, wobei sich der Bund der generellen Regelung sowie des Schutzes von Standorten nationaler Bedeutung annehmen muss, die Kantone mehr der lokalen Ausgrenzung.

Die andere materiell landschaftsschützende Bestimmung ist Art. 21 NHG, der die Ufervegetation der öffentlichen Gewässer schützt. Darin liegt auch ein indirektes Bauverbot in unmittelbarer Ufer-

29) Art. 24 NHG

30) Art. 25 NHV, 2. Satz. Munz, N + H, 51. Rechtlich gesehen ist diese Bestimmung rätselhaft, denn sie macht einen "Vorbehalt" zugunsten einer unbestrittenen kantonalen Kompetenz, ist aber wie die Einräumung eines echten Vorbehaltes formuliert. Ein solcher ist mit Bezug auf Tiere und Pflanzen in Art. 20 Abs. 2 NHG zu finden. Biotopschutznormen der Kantone sind deshalb als originäres kantonales Recht zu betrachten, bis der Bundesrat seinem Auftrag zum Schutz der Biotope in Ausführungsvorschriften nachkommt. Diese Ausführungsvorschriften werden aber kaum je kantonale Normen konkurrenzieren können: Diese werden konkrete, örtlich begrenzte Schutzgebiete schaffen, jene können für bestimmte nach dem Begriff zu umschreibende Biotope generell-abstrakte Schutznormen enthalten.

31) Art. 18 Abs. 1 Satz 2 NHG. Dazu auch Art. 25 BV und die Ausführungsgesetzgebung, auch auf dem übrigen Landwirtschaftsrecht.

nähe [32], indem der freie Zugang und Blick auf das Gewässer ein wesentlicher Grund für das Bauen sein können. Die Kantone können die Beseitigung der Ufervegetation bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses bewilligen [33], vorbehalten bleibt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Zwei bisher beurteilte Tessiner Fälle haben gezeigt, dass die Verwirklichung des Schutzes der Ufervegetation nur prekär gesichert ist und unbedingt verbessert werden sollte.

Im Fall Bonetti-Soldati [34] bewilligte der Tessiner Staatsrat den Bau eines Bootshauses mit darüberliegendem Wohnhaus am Ufer des Luganersees. Nach Beginn der Bauarbeiten verlangte das Eidgenössische Oberforstinspektorat deren Einstellung, bis abgeklärt sei, ob Art. 21 NHG verletzt werde. Nach Ablehnung einer Einstellungsverfügung und Erteilung der Bewilligung zur Entfernung der Ufervegetation führte der Schweizerische Bund für Naturschutz Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Obgleich das Bundesgericht eine klare Verletzung des NHG feststellte, weil kein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Ufervegetation vorgelegen habe, wurde die Beschwerde abgelehnt, weil nicht auf die erteilte Baubewilligung zurückgekommen werden könne, nachdem der Bewilligungsnehmer in gutem Glauben beträchtliche Aufwendungen gemacht habe. Die Urteile zeigen, dass die bundesrechtliche Ordnung den angestrebten Schutzzweck nicht erreicht. Es fragt sich, ob es richtig war, dass das Bundesgericht die Gesetzwidrigkeit schützte. Andernfalls hätte das Gemeinwesen, das die Rechtsverletzung zu verantworten hatte, zum Ersatz der gutgläubig gemachten Aufwendungen verpflichtet werden müssen [35]. Der Schutz der Ufervegetation ist in folgenden Punkten unbefriedigend:

32) Munz, N + H, 43 Anm. 2, zum Begriff des öffentlichen Gewässers, VPB 1970/71 Nr. 62

33) Art. 22 Abs. 2 NHG

34) BGE 96 I 686 ff.

35) Auch Huber ZbJV 1971, 421 f., kritisiert das Urteil.

1. Eine derart rudimentäre Regelung wie Art. 21/22 NHG, welche als einziges Bewilligungskriterium ein öffentliches Interesse erfordert, muss materiell ergänzt werden, dass sie einer einheitlichen Anwendung zugänglich ist.

2. Eine andere Lösung könnte auch durch Sicherungen im Bewilligungsverfahren erreicht werden: Es dürfte nicht vorkommen, dass eine rechtswidrige Bewilligung unwiderruflich wird, weil die beschwerdeberechtigten Organe von der Bewilligung erst bei deren Ausübung Kenntnis erhalten [36].

3. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nur wirklich tauglich, wenn durch die Rechtsverletzung der Gesuchsteller betroffen wird, der dann auch Beschwerde führen kann. Ist häufiger die den Bewilligungsnehmer begünstigende Rechtsverletzung anzunehmen [37], so muss eine von Amtes wegen handelnde Behörde eingeschaltet werden.

Im Fall Comune di Gordola [38] war eine vom Tessiner Staatsrat auf dem Verzasca-Delta bewilligte Kehrichtdeponie zu beurteilen. Sie lag auf dem Gebiete der Gemeinde Locarno; Beschwerde

36) Im beurteilten Fall wurde gar keine Bewilligung nach Art. 22 NHG erteilt, der Kanton überging einfach das Bewilligungserfordernis und erteilte die Baubewilligung. Siehe zum Informationsdefizit auch Imholz, N + H, 52: Die Informationspflicht besteht nur für die Bundesorgane, nicht aber für die kantonalen Behörden.

37) Es wird selten vorkommen, dass ein Privater, der ein öffentliches Interesse wahrnimmt (nur dann hat er Anspruch auf eine Bewilligung), diese Bewilligung nicht erhält. Dass die Behörden ihre Aufgabe nicht korrekt wahrnehmen könnten, hat gerade zur Legitimation der gesamtschweizerischen Vereinigungen geführt. Diese werden aber der kleinräumigen Verletzungen nicht oder erst zu spät gewahr. In diesem Sinn war die Meinung in der Botschaft zum NHG (BBl 1965 III 97), nur ausnahmsweise würde gegen kantonale Entscheide eine Beschwerdemöglichkeit bestehen. 1972-74 waren alle in den BGE publizierten Beschwerden des Naturschutzbundes gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide gerichtet, sie betrafen allerdings zu einem grossen Teil Rodungen.

38) BGE 98 Ib 13 ff., Pra 61 Nr. 106

führte die Nachbargemeinde Gordola und der Schweizerische Bund für Naturschutz. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, nicht zuletzt deshalb, weil die bis zum Zeitpunkt des Augenscheins deponierten Abfälle die Beeinträchtigung der Ufervegetation schon zeigten. Auch hier erwies sich, dass die richterliche Beurteilung erst zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Beeinträchtigungen ein hohes, evtl. irreparables Mass angenommen hatten. Die weitherzige Zuerkennung der Legitimation an die Nachbargemeinde weist ebenfalls darauf hin, dass die gesetzliche Regelung dem Schutzzweck wenig gerecht wird.

Ausser diesem erwähnten materiellen Landschaftsschutz, der auf die umfassende Kompetenz zum Schutze der Tier- und Pflanzenwelt [39] abgestützt wird, enthält das NHG im wesentlichen nur Verfahrensrecht. Die allgemeine Berücksichtigungspflicht, die auch als materielle Direktive verstanden werden kann, wird erst im Zusammenhang mit den einzelnen Bundesaufgaben betrachtet.

3.222 Die Inventare

Eine wichtige Beurteilungshilfe bei der Erfüllung der Bundesaufgaben bilden die Inventare gemäss Art. 5 f. NHG [40]. Trotz der Betonung der Wichtigkeit des Natur- und Heimatschutzes und der Feststellung, dass "beim Schaffen von gesetzlichen Abwehrmitteln keine Zaghaftigkeit" mehr zu dulden sei, besteht 10 Jahre nach Inkrafttreten noch kein Bundesinventar. Hier äussert sich die Schwierigkeit der Konkordanz der verschiedenen Aufgaben innerhalb des Bundes und zwischen Bund und Kantonen. Obgleich die Inventare nur für Behörden, welche eine Bundesaufgabe erfüllen, verbindlich sind [41], also entsprechend den Richtplänen im

39) Art. 24 sexies Abs. 4 BV

40) Allgemein zu den Inventaren: Botschaft zum NHG, BBl 1965 III 95 f., Hangartner, Naturschutz, 257 ff.; Imholz, N + H, 47 ff.; Munz, N + H, 55 ff., Landschaftsschutz, 27 f.
Zum Denkmalverzeichnis: Bühler, N + H, 55 ff.

41) Imholz, N + H, 48; Munz, N + H, 56; Hangartner, Naturschutz, 258, 267. Allerdings trifft die Bindung auch kantonale Organe in der Erfüllung von Bundesaufgaben, was nur Imholz ausdrücklich erwähnt. Dagegen nicht die Kantone bei Erfüllung eigener Aufgaben, Arcioni, 427.

Raumordnungsrecht keine Grundeigentümerverbindlichkeit erlangen, hat die Aufnahme nur einen Sinn, wenn gleichzeitig auf kantonaler Ebene Schutzmassnahmen ergriffen werden. Es wäre unsinnig, wenn z.B. ein schützenswertes Gebäude bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe "ungeschmälert erhalten" wird, d.h. möglicherweise grosse Mehrkosten in Kauf genommen werden, wenn der Eigentümer jederzeit das Gebäude abbrechen kann. Ausser vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 16 NHG und dem Erwerb oder der Sicherung gemäss Art. 15 NHG kann der Bund nur auf den Schutz von Objekten hinwirken, wenn er Beiträge leistet und diese mit Auflagen verknüpft. Dies ist jedoch nur theoretisch ein neuer Fall, denn die zwingende Verknüpfung mit kantonalen Beiträgen [42] stellt sicher, dass der Kanton die notwendigen Schutzvorschriften erlässt, wozu er auch kompetent ist.

In seiner Anlage wäre das eidgenössische Inventar ein Fortschritt gegenüber blossen Listen schutzwürdiger Objekte, wie sie auch existieren oder vorgesehen sind [43]: Art. 5 NHG legt einen Mindestinhalt der Inventare fest, bei dem vor allem auffällt, dass die bestehenden Schutzmassnahmen [44], welche als dauernde nur kantonale sein können, angeführt werden müssen.

Bedauerlich ist, dass die Notwendigkeit der Koordination bei der Erstellung der Inventare, die im weiteren nicht rechtlich geregelt ist, die rechtzeitige Erstellung offensichtlich verhindert hat. Zu spätes und nur reaktives Schützen ist erfahrungsgemäss immer mit hohen Kosten verbunden, seien es Kostenerhöhungen für die eigentliche Aufgabenerfüllung oder Entschädigungen an Grundeigentümer.

42) Art. 13 NHG

43) Z.B. das bernische Hinweisinventar gemäss BauV 7. Allerdings besteht ein genereller "erhöhter Schutz" und die Gemeinden werden aufgefordert, konkrete Schutzbestimmungen zu erlassen.

44) Art. 5 Abs. 1 litt. d NHG

Teilweise wird die Funktion der fehlenden Bundesinventare von solchen privater Organisationen übernommen: Im Vordergrund steht das sog. KLN-Inventar [45], welches in vielen Fällen erwähnt wird. Allerdings scheint, dass es mehr dazu dienen muss, schon getroffene Entscheide nachträglich zu legitimieren, als dass es die Entscheidfällung beeinflusst [46]. Daneben ist die Ausarbeitung eines Inventars der Ortsbilder von nationaler Bedeutung zu erwähnen, das vom Schweizerischen Heimatschutz vorbereitet wird.

Im Interesse eines wirksamen Schutzes ist entgegen der praktizierten Bedachtsamkeit durch die zuständigen Organe der rasche Erlass der Bundesinventare zu fordern. Es wäre entschieden besser, bestehende Inventare, z.B. das KLN-Inventar, für den Bund als verbindlich zu erklären [47]; eine solche vorläufige Massnahme stünde nicht im Widerspruch zu Art. 5 NHG: Auch wenn das KLN-Inventar nicht genau den Mindestanforderungen des Bundes entspricht, könnte es wegen des nicht abschliessenden Charakters der Bundesinventare übernommen oder summarisch ergänzt werden. Eine Koordination von etwas Bestehendem aus zu suchen

45) Inventar der Schweiz. Kommission zur Erstellung einer Liste der zu erhaltenden Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung vom 4. Mai 1963. Die Kommission wurde eingesetzt vom Schweiz. Bund für Naturschutz, vom Schweizer Heimatschutz und vom Schweiz. Alpenclub. Es wurde 1967 überarbeitet.

46) So wird etwa in VPB 1976 Nr. 44 die besondere Schutzwürdigkeit deshalb nicht näher geprüft, weil der Géronde-Hügel bei Siders kein KLN-Objekt sei. In BGE 99 Ib 78 wird ebenfalls dem Gebiet ausserhalb des KLN-Objektes ohne Begründung die "nationale Bedeutung" abgesprochen. BGE 98 Ib 120 ff., 131 erwähnt "Vorarbeiten von privaten Vereinigungen", ohne von einer Bindungswirkung zu sprechen. BGE 98 Ib 48 ff., 501 f. betont sogar die rechtliche Unverbindlichkeit des KLN-Inventars, weil im Fall der Schillermatte an der Aufnahme in ein künftiges Bundesinventar gezweifelt werden müsse.

47) Diese Möglichkeit erwähnt auch die Botschaft zum NHG, BBl 1965 III 95

ist erfahrungsgemäss einfacher, als im luftleeren Raum zu diskutieren, wenn die eine Seite - wie hier der Bund - bei der Anpassung an die Gegebenheiten der andern Seite sehr flexibel ist und an kein förmliches Verfahren gebunden ist.

Dieses Postulat der raschen Erstellung eines provisorischen Inventars deckt sich mit der Empfehlung des Europarates an alle Länder im Rahmen des Europäischen Jahres für Denkmalpflege, dass bis Ende 1975 provisorische Inventare mit folgenden Schutzmassnahmen zu erlassen seien:

"1. Bewilligungspflicht für Beseitigung oder Veränderung von Gebäuden;

2. Verpflichtung für die Planungsbehörden, die als schutzwürdig anerkannte Gebäudegruppe in ihre Planung einzubeziehen." [48]

Diese Schutzmassnahmen sind auf Denkmal- und Ortsbildschutz beschränkt, aber auch für unüberbaute Landschaften liessen sich provisorische Schutzkriterien relativ leicht aufstellen, umsomehr, als sich die Verbindlichkeit nur auf die Bundesorgane beschränken würde.

Knopfli [49], der mehr am Naturschutz orientiert ist, schlägt drei Kategorien in den zu erstellenden Inventaren vor:

1. Unbedingt zu erhaltende Gebiete (Noli me tangere-Gebiete)
2. Unbestritten schützenswerte Objekte, deren Schutzzweck notfalls preisgegeben werden kann, z.B. Standorte, die ähnlich in der weitern Umgebung noch vorkommen.
3. Gebiete, die noch eine gewisse biologische oder landschaftliche Bedeutung haben, aber z.B. schon beeinträchtigt sind. Hier kann wenn nötig auf die weitere Erhaltung verzichtet werden.

48) Europäisches Jahr für Denkmalpflege 1975, S. 9
49) Knopfli, 16 f.

Die Stufe 3 wird offenbar v.a. deshalb auch aufgeführt, weil Knopfli sehr stark vom Schutz der Natur auch vor dem Einzelmenschen und nicht nur vor Zivilisation und Technik ausgeht, d.h. besonders die Unberührtheit als wesentlich erachtet, so dass eine Benützung als Erholungsgebiet für ihn schon Schutzverzicht wäre. In ein Landschaftsinventar des Bundes wären die Stufe 1 und ausgewählte Gebiete der Stufe 2 aufzunehmen.

Eine gewisse Bedeutung als provisorische Inventare kommt auch wissenschaftlichen Bestandesaufnahmen zu, wie z.B. dem Sammelwerk "Die Kunstdenkmäler der Schweiz" [50]. Es handelt sich jedoch bei ihrer Berücksichtigung nie um Entfaltung einer Schutzwirkung, sondern um die freiwillige Heranziehung sachverständiger Aeusserungen zur Begründung der Entscheide.

3.223 Die Begutachtung

Bei einer möglichen Beeinträchtigung eines Objektes, das in einem Bundesinventar aufgeführt ist, muss die für die betreffende Bundesaufgabe zuständige Stelle obligatorisch ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) oder der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) einholen [51]. Bei nicht inventarisierten Objekten - bis heute trifft immer dieser Fall zu - können sich die Fachgremien von sich aus einschalten oder von der zur Erfüllung einer andern Bundesaufgabe zuständigen Stelle freiwillig als Sachverständige angefragt werden [52]. Die Ausgestaltung der Begutachtung braucht hier nicht näher erläutert zu werden [53]. Im Zusammenhang mit der Kompetenzkumulation sind nur zwei Einzelfragen wesentlich: Die Verbindlichkeit eines Gutachtens bei einer mehrfachen Bundeskompetenz (Sachaufgabe und Natur- und Heimatschutz) und die Rolle der Kantone im Begutachtungsverfahren.

50) Erwähnt in BGE 97 I 587

51) Art. 7 NHG

52) Art. 8 NHG

53) siehe dazu Imholz, N + H, 48 ff.

Die ENHK und die EKD stehen als rein beratende Organe dem EDI zur Seite [54]. Die Würdigung des Gutachtens steht der für den Entscheid über die Erfüllung der Bundesaufgabe zuständigen Behörde zu. Die nur konsultative Funktion der ENHK und EKD, die nicht im NHG verankert ist, sondern erst durch Art. 1 NHV als solche festgelegt wird, ist die richtige Lösung gegenüber Entscheiden, die vom Bundesrat oder der Bundesversammlung [55] getroffen werden. Obwohl die beiden Kommissionen weder dem Bundesrat noch der Bundesversammlung hierarchisch untergeordnet sind, wäre eine Ausgestaltung der Gutachten als bindendes Hindernis für die vorgesehene Bundesaufgabe ein Widerspruch zu unserem Entscheidsystem im Bund, in welchem gegen Entscheide des Parlamentes und des Bundesrates kein Rechtsmittel [56] und auch nirgends ein bindendes "Veto" besteht. Wenn ein Departement oder eine andere Bundesstelle [57] eine Bundesaufgabe selbständig wahrnimmt, so sollte de lege feranda die Stellung der Kommissionen unbedingt gestärkt werden, indem ihnen ein verbindlicher Einspruch, eine Art Veto oder ein Rechtsmittel zusteht, wenn die zuständige Stelle nicht willens ist, dem Auftrag von Art. 3 nachzukommen. Diese Aufwertung der Kommissionen wäre politisch tragbar und kann nicht durch die heute schon den gesamtschweizerischen Vereini-

54) Art. 1 NHV

55) Der Bundesrat z.B. die Genehmigung der generellen Nationalstrassenprojekte gemäss Art. 20 NSG und die Erteilung einer Rohrleitungskonzession gemäss Art. 5 RLG; die Bundesversammlung zur Festlegung des Nationalstrassennetzes gemäss Art. 1 NSG, zur Erteilung einer Eisenbahnkonzession gemäss Art. 5 EbG.

56) Mit Ausnahme der heute nicht mehr praktizierten Beschwerde gemäss Art. 85 Ziff. 12 BV. Siehe hierzu Art. 34 Ziff. 5 im Geschäftsreglement des Nationalrates vom 2. Oktober 1962, der noch "Petitionen und Rekurse" nennt, währenddem das neue Geschäftsreglement vom 4. Oktober 1974 nur noch die Petitionen erwähnt (Art. 40); dagegen Art. 22 Abs. 2 Geschäftsreglement des Ständerates vom 16. September 1975.

57) Z.B. das Starkstrominspektorat für Starkstromleitungen (Art. 15 ElG, SR 734.0), das EVED für Aufzüge und Seilbahnen (Art. 11 Abs. 3 VVo I zum PVG: Für die Prüfung der Gesuche ist das Amt für Verkehr zuständig, das dem EVED Antrag stellt, SR 783.01); ebenfalls das EVED für Kernkraftwerke, das Amt für Energiewirtschaft für andere Bewilligungen nach AtG, Art. 3 Vo zum AtG, SR 732.11).

gungen nach Art. 12 NHG zustehende Beschwerdelegitimation ersetzt werden.

Gilt es beispielsweise zu entscheiden, ob eine Starkstromleitung im Bereich eines Objektes von nationaler Bedeutung überhaupt gebaut werden dürfe, so wird das Starkstrominspektorat kaum je zu einem negativen Entscheid kommen, denn es geht davon aus, dass die Fortleitung von Energie und deren preisgünstige Abgabe an die Verbraucher von ebenfalls nationalem Interesse seien [58]. Dies ist unbestreitbar, doch ist der daraus abgeleitete Schluss falsch, die betreffende Leitung könne ein nationales Interesse für sich geltend machen. Nicht ein nationales Interesse beanspruchende privat- und öffentlichrechtliche Lieferverträge werden damit zu unabänderlichen Randbedingungen erhoben und nationalen Interessen unbesehen gleichgestellt. Ginge man davon aus, dass nur die Versorgung als solche ein nationales Interesse darstellt, jedoch dies nicht unbedingt für ein bestimmtes Elektrizitätsunternehmen gilt, das an einem vom Landschaftsschutz ungünstigen Standort ein Werk oder Unterwerk errichtet hat, könnte die Leitung von X nach Y auch völlig anders beurteilt werden. Die richtige Frage lautet: Woher muss der Ort Y mit Energie versorgt werden, damit die Landschaft von nationaler Bedeutung nicht beeinträchtigt wird? Nicht: Wo soll die Leitung von X nach Y durch die Landschaft von nationaler Bedeutung geführt werden und wie ist sie zu tarnen?

Nicht von ungefähr erörtern die publizierten Entscheide über Freileitungen nur noch die Fragen kleinräumiger Verlegungen, der Anordnung der Masten und deren Farbanstrich sowie die Teilverkabelung in besonders empfindlichen Bereichen. Der Entscheid, ob die Beeinträchtigung überhaupt zu tolerieren ist, wird von einer mit Bezug auf Natur- und Heimatschutz sachfremden Fachinstanz getroffen.

58) siehe dazu ausführlich unten 3.233, S. 129 ff., 133 f.

Das zweite Bedenken geht dahin, dass bei der Interessenabwägung Unvergleichbares gegenübersteht: Auf der einen Seite stehen quantifizierbare Mehrkosten und vorausseh- und beschreibbare technische Erschwerungen, auf der andern Seite der Nicht-Geldwert der Landschaft und der Lebensraum und das Wohlbefinden niederer Wirbeltiere und "nichtnützlicher" Pflanzen. Es ist unrichtig, diese Abwägung als Rechtsfrage zu qualifizieren [59], sondern es handelt sich um einen eindeutig politischen Entscheid, der von einem Organ getroffen werden sollte, das auch politische Verantwortung trägt.

Die Beschränkung der Organe des Natur- und Heimatschutzes wie des Denkmalschutzes auf unverbindliche Empfehlungen geht von der Idee der Einheit der Verwaltung aus. Gegen aussen soll der Bund geschlossen auftreten. Eine mögliche Auseinandersetzung wird in einer festen Zuteilung der Entscheidbefugnisse umgangen, die andern betroffenen Dienststellen geben einen Mitbericht ab, der in den Entscheid der federführenden Behörde einfliesst. Dieses Vorgehen ist unproblematisch, solange technische oder andere logisch beweisbare Tatsachen erhoben werden, ebenso wenn es um bundesinterne Abwägungen geht, die keine Aussenwirkungen entfalten; dazu wären wohl auch noch finanzielle Fragen zuzurechnen - die Wahl zwischen verschiedenen Offerten, der Entscheid zu einer höheren Investition - obwohl dabei schon indirekte Aussenwirkungen entstehen, indem letztlich der höhere Aufwand vom Bürger getragen wird.

Voraussetzung für eine stärkere Stellung der Natur- und Heimatschutzorgane wären mit den Kantonen abgestimmte Inventare, denn nur wenn solche vorliegen, wird die Planung der andern

59) Als solche wird sie jedoch vom Bundesgericht und vom Bundesrat betrachtet. Für das Bundesgericht ist das einleuchtend, von der Gewaltenteilung gefordert; die Zurückhaltung bei der Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ermessensüberprüfung führt denn auch meistens zur Abweisung der Beschwerde. In BGE 98 Ib 217 erklärt das Bundesgericht, "die Beurteilung der Linienführung öffentlicher Werke (liege) oftmals im Grenzbereich zwischen Rechts- und Ermessensfrage".

Bundesstellen nicht ungebührlich erschwert. Bis zu ihrem Vorliegen wird der Gesichtspunkt des Landschaftsschutzes erst an ein ausgearbeitetes Projekt durch ein Fachorgan herangetragen: Der ENHK bleibt als Möglichkeit nur die Würdigung des ohne Einwirken entsprechenden Fachwissens erreichten Grades der Berücksichtigung des Landschaftsschutzes oder das Hinwirken auf geringfügige Aenderungen, währenddem eine integrale Erhaltung der Landschaft sich mindestens gegen den planenden Staat nicht mehr durchsetzen lässt. Ein wesentliches Element jeden Rechts ist die Rechtssicherheit, hier in der Bedeutung der Voraussehbarkeit einer bestimmten Rechtsfolge: Dem NHG entsprechende Empfehlungen auf Verzicht auf die Erstellung von Werken, auf Erteilen von Konzessionen und Bewilligungen der ENHK werden nicht berücksichtigt, sobald die für die Sachaufgabe zuständige Bundesstelle den Verzicht wegen fehlender Voraussehbarkeit als unzumutbar wertet, z.B. auch nur wegen grosser entstandener Planungskosten. Bei bestehenden Inventaren würde dieser Gesichtspunkt weitgehend wegfallen.

Eine Verbesserung könnte auch durch Präzisierung der zu berücksichtigenden "Interessen von nationaler Bedeutung" nach Art. 6 NHG im Gesetz oder auf der Verordnungsstufe unter Beibehaltung des heutigen Entscheidsystems erreicht werden. Es würde damit das freie Ermessen der zuständigen Behörde zu einem pflichtgemässen Ermessen eingegrenzt. Als solche nationale Interessen, die der Erhaltung von Objekten von nationaler Bedeutung vorgehen würden, müssten bestimmte, zu umschreibende militärische Interessen gelten, im zivilen Bereich solche aufgrund nationaler Planungen (Raumordnung, Gesamtverkehrskonzeption, Gesamtenergiekonzeption), sofern die Planung in Berücksichtigung der unterzuordnenden Landschaftsschutzinteressen ausgearbeitet wurde.

Eine Verwirklichung des Landschaftsschutzes, wie er sich nach dem Verfassungsartikel und dem Gesetz aufdrängt, würde in zahl-

reichen heute beurteilten Fällen zu einem umgekehrten Ergebnis führen [60]: Seilbahnen, Freileitungen oder Kernkraftwerke müssten dann wohl die Objekte mit nationaler Bedeutung meiden.

Im Bereich der Begutachtungen ist auch die Mitwirkung der Kantone geregelt: Art. 10 NHG schreibt vor, dass in allen Fällen, in welchen eine Bundesstelle ein Gutachten anfordert, auch eine Stellungnahme der Kantonsregierung einzuholen sei. Diese Anhörung scheint eigentlich selbstverständlich, denn die Beeinträchtigung von Werten des Natur- und Heimatschutzes bedeutet häufig auch eine Vernichtung oder Verhinderung des kantonalen Rechts, das kompetenzgemäss der Erfüllung der Bundesaufgabe entgegensteht. Umsomehr erstaunt, dass die Anhörung auf Fälle, in denen ein Gutachten eingeholt wird, beschränkt wird. Werden nur regionale oder lokal bedeutsame Objekte beeinträchtigt, ist möglicherweise nicht die ENHK, aber gleichwohl der Kanton interessiert. Er vernimmt es dann erst bei Baubeginn oder muss sich selbsttätig einschalten [61]. Es ist zu postulieren, dass die Kantone mindestens dort, wo räumlich umgrenzte Schutzgebiete betroffen werden, auch eine Stellungnahme abgeben können. Dem wird entgegengehalten, dass es dem Bund nicht zugemutet werden könne, die Rechtsordnungen von 25 Kantonen und 3000 Gemeinden zu kennen. Dies ist nicht stichhaltig, denn für die Ausarbeitung jedes Projektes braucht es eine sehr eingehende Kenntnis zahlreicher Tatsachen, z.B. der Geländebeschaffenheit, des Baugrundes usw., so dass die Konsultation einer Schutzgebietskarte, die z.T. noch geschaffen werden müsste, keinen Mehraufwand bilden müsste. Wie weit dann die Erfüllung der Bundesaufgabe vor kantonalem Recht zurückzutreten hätte, muss bei den verschiedenen Sachaufgaben und meist erst beim Einzelprojekt entschieden werden.

60) Die Botschaft zum NHG, BBl 1965 III 103, geht auch davon aus, dass Objekte von nationaler Bedeutung grundsätzlich ungeschmälert erhalten werden müssen und hohe Anforderungen an die Gleichwertigkeit der entgegenstehenden Interessen gestellt werden sollen.

61) Das stellt auch Imholz, N + H, 52 fest.

3.224 Die Legitimation gesamtschweizerischer Vereinigungen

Art. 12 NHG verleiht den Gemeinden und "den gesamtschweizerischen Vereinigungen ..., die sich statutengemäss dem Natur- und Heimatschutz oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen", das Beschwerderecht. Gegen Entscheide von Bundesbehörden gilt dies auch für die Kantone.

Damit sollte die schwache Artikulationsfähigkeit der Interessen des Natur- und Heimatschutzes verbessert werden [62]. Die privaten Vereinigungen haben davon regen Gebrauch gemacht. Allein der Schweizerische Bund für Naturschutz hat in den Jahren 1971-74 38 Beschwerdeentscheide des Bundesgerichts herbeigeführt [63]. Bejaht wurde im weiteren die Legitimation der Schweizerischen Vereinigung für Heimatschutz, der Vereinigung für Landesplanung, der Schweizerischen Stiftung für Landschaftsschutz und Landschaftspflege [64], des Schweizerischen Alpenklubs [65], der Aqua viva [66], der Nationalen Aktionsgemeinschaft zur Erhaltung der Flüsse und Seen, des Rheinaubundes und der Schweizerischen Aktionsgemeinschaft für Natur und Heimat. In der Botschaft zum NHG [67] werden weitere Vereinigungen genannt, die aber bisher keine publizierten Beschwerden geführt haben: Die Gesellschaft für schweizerische Kunstgeschichte, die Schweizerische Natur-

62) So auch Munz, Landschaftsschutz, 33; allgemein zur Legitimation der Verbände Hans Huber in DöV 1976, 157 ff.; Arcioni, 421 f.

63) Ausgezählt nach dem Personenverzeichnis der BGE nach Entscheiddaten, d.h. unter Zusammenlegen offensichtlich mehrfacher Beschwerdegegner.

64) BGE 98 Ib 494; VPB 1974 Nr. 23

65) VPB 1974 Nr. 23, offen gelassen BGE 98 Ib 494, genannt in der Botschaft BBl 1965 II 98

66) BGE 98 Ib 125, in diesem Entscheid wird die Legitimation der weiteren erwähnten Vereinigungen ebenfalls bejaht. Es ist allerdings fraglich, ob das Bundesgericht bei andern Bundesaufgaben gleich entscheiden würde, wenn damit der engere statutarische Zweck verlassen würde.

67) BBl 1965 III 98. Die betreffenden Vereinigungen haben jedoch in anderer Art intensiv an den Aufgaben des Natur- und Heimatschutzes mitgearbeitet. Weitere nennt Imholz, N + H, 75

forschende Gesellschaft, die Schweizerische Gesellschaft für Urgeschichte. Verneint wurde die Legitimation bloss kantonaler [68] oder regionaler [69] Vereinigungen, sowie solcher, die nur am Rande ihres statutarischen Zweckes mit Natur- und Heimatschutzfragen befasst sind [70]. Wichtig ist, dass die Legitimation über Fragen des engern Natur- und Heimatschutzrechtes hinaus auf die Forstgesetzgebung [71] und die Fragen des BMR [72] ausgedehnt wurde, in gewissem Masse auch auf das Gewässerschutzrecht [73].

3.225 Bundesbeiträge

Die Subventionierung von Aufwendungen des Natur- und Heimatschutzes [74] gehört zu den wichtigen Gebieten der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen. Allerdings wird kritisiert, dass der maximale Ansatz für finanzschwache Kantone ungenügend sei und gerade wichtige ausgedehnte schützenswerte Objekte deshalb nicht erfasst werden können [75]. Rechtliche Probleme ergeben sich keine wesentlichen, die im Rahmen dieser Arbeit erörtert werden müssten.

3.226 Vorsorgliche Massnahmen

Die vorsorglichen Massnahmen des Bundesrates gemäss Art. 16 NHG,

68) VPB 1975 Nr. 95

69) BGE 98 Ib 124

70) BGE 98 Ib 124 f.

71) BGE 96 I 504, 691; ZBl 1970, 376

72) VPB 1975 Nr. 95, ablehnend BGE in ZBl 1975, 396 ff.

73) In seinem Entscheid "Schillermatte" ist der Bundesrat der Auffassung, jede mögliche Verletzung des Bundesrechts - also nicht nur des NHG - könne gerügt werden. ZBl 1970, 377. M.E. muss in jedem Beschwerdefall noch ein klarer Bezug zum Natur- und Heimatschutzrecht bestehen. In dieser Richtung auch BGE 100 Ib 449, E.3, nicht ganz klar VPB 1974 Nr. 80 (S. 65).

74) Munz, N + H, 85 ff., Landschaftsschutz, 28 f.; Imholz, N + H, 82 ff. Diese beiden gründlichen Behandlungen der Subventionsfragen erübrigen eine nähere Behandlung im Rahmen dieser Arbeit, umsomehr als in Bereichen, in denen der Bund Mittel zur Verfügung stellen kann, sich keine Probleme in der Zusammenarbeit ergeben.

75) Hunziker, Mitwirken des Bundes; 142, Imholz, N + H, 95; Munz, Landschaftsschutz, 37.

nach welchem beim Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr für ein Objekt von nationaler Bedeutung befristete Unterschutzstellungen möglich sind, müssen dann ergriffen werden, wenn die Kantone nicht rechtzeitig in der Lage oder nicht willens sind, durch eigene Massnahmen den Schutz zu gewährleisten [76]. Sie stehen im Zusammenhang mit der direkten unbefristeten Sicherung durch den Bund nach Art. 15 [77], einer Massnahme, die allenfalls auch bei Säumnis der Kantone ergriffen werden muss [78], in diesem Sinn auch einen gewissen vorsorglichen Charakter hat.

In einem kürzlichen Entscheid [79] hat das Bundesgericht klargestellt, dass es den Anwendungsbereich von Art. 16 NHG auf die Abwendung auch zeitlich unmittelbar bevorstehender Gefahren beschränkt haben will. Es erblickt in der Bestimmung damit nur eine geschriebene Form der polizeilichen Generalklausel, die in denselben Fällen auch kraft ungeschriebenen Rechts angewendet werden könnte. Die Kompetenz des Bundes zur Anwendung der polizeilichen Generalklausel muss deshalb bejaht werden, weil der Bund die Objekte von nationaler Bedeutung wenn notwendig auch gegen Beeinträchtigungen schützen muss, die durch Vorkehren des Kantons oder dessen Untätigkeit die zu schützenden Objekte bedrohen. Eine gewisse Abweichung von der polizeilichen Generalklausel könnte höchstens darin gesehen werden, dass in deren Rahmen die Dauer der Massnahme auf das unbedingt notwendige Minimum beschränkt werden muss, während Art. 16 allgemein bloss eine Befristung verlangt, was eine so lange Dauer erlaubt, dass in einem ordentlichen Verfahren der Unterschutzstellung die notwendigen Massnahmen getroffen werden können.

76) Imholz, N + H, 113 ff., 114; Munz, Landschaftsschutz, 30 f., siehe auch Bundesgericht in ZBl 1972, 320 ff.

77) so auch Imholz, N + H, 114

78) Diese Auffassung liegt auch nach der Botschaft BBl 1965 III 107 nahe.

79) BGE 100 Ib 162 ff., Bau- und Veränderungsverbot auf einer Parzelle mit Ueberresten der gallo-römischen Militärsiedlung Petinesca nach einer Handänderung, ohne dass jedoch schon konkrete Projekte vorlagen, welche eine Beeinträchtigung mit sich gebracht hätten.

3.23 Ausgewählte Bundesaufgaben

3.231 Forstgesetzgebung

Der Wald [80] ist ein wesentliches Element der Landschaft. Das Forstpolizeigesetz [81] des Bundes vom 11. Oktober 1902 kann als erstes und bis heute wirksamstes Landschaftsschutzgesetz in unserem Land bezeichnet werden [82].

Die Kompetenz aus Art. 24 BV ist bloss eine teilweise, die der Oberaufsicht. Das entspricht dem neueren Begriff der Grundsatzgesetzgebung. Das kantonale Recht wird soweit aufgehoben, als es durch das Bundesrecht derogiert wird. Neben der Funktion der Rechtsvereinheitlichung in den Grundfragen bedeutet ein Grundsatzgesetz vor allem den Anstoss für die Kantone, sich der betreffenden Materie umfassend anzunehmen, die Lücken in der bestehenden Bundesgesetzgebung zu schliessen, ohne dass ein diesbezüglicher Vorbehalt notwendig ist. Für die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen im Bezug auf den Landschaftsschutz sind v.a. die Rodungen zu betrachten. Art. 31 FPG bestimmt, dass das Waldareal der Schweiz nicht vermindert werden soll. Dieses Walderhaltungsgebot ist nicht absolut, doch soll eine Rodung nur vorgenommen werden, wenn ein offensichtlich höherwertiges Interesse es erfordert [83]. Damit die regionale Verteilung des Waldareals erhalten bleibt [84], ist für jede Rodung in der Regel in derselben Gegend eine flächengleiche Neuaufforstung vorzunehmen [85]. Dem Landschaftsschutz wird v.a. durch die Bestimmungen für den Schutzwald Rechnung getragen.

80) Begriff des Waldes: Art. 1 FPV, VEB 1962/63 Nr. 56, Bloetzer/Munz, 433 f., BGE 98 Ib 365

81) Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902 (SR 921.0, FPG)

82) Munz, Landschaftsschutz, 43, allgemein zu Walderhaltungsgebot und Rodungsbewilligung Bloetzer/Munz, 428 ff., Hafner, 97 f

83) Art. 26 FPV (VollziehungsVo zum FPG vom 1. Oktober 1965, SR 921.01)

84) Art. 24 FPV

85) Art. 26 bis FPV

Die Ausscheidung in Schutz- und Nichtschutzwaldungen wird durch die Kantone vorgenommen [86]. Ursprünglich wurde für die Ausscheidung als Schutzwald die erosionshemmende und gegen herabstürzende Massen (Lawinen, Steinschläge usw.) wirkende Schutzfunktion benutzt [87]; die Praxis und die FPV haben den Begriff ausgedehnt [88], so dass heute auch die Bedeutung des Waldes für den Wasserhaushalt und die Lufthygiene, seine Sozialfunktion (Erholung und Gesundheit der Bevölkerung) und der Landschaftsschutz eine Zuweisung zum Schutzwald erlauben. Die meisten Kantone haben ihr ganzes Waldareal als Schutzwald bezeichnet [89]. Der Schutzwald unterliegt u.a. einer strengeren Aufsicht; Kahlschläge sind verboten, und es besteht eine Zuständigkeit von Bundesbehörden für Rodungsbewilligungen über 30 a [90]. Die Kantone verzichten m.a.W. durch die Bezeichnung von Schutzwäldern über das vom Gesetz geforderte "polizeiliche" Minimum hinaus freiwillig auf einen Teil ihrer Kompetenzen. Es handelt sich dabei aber kaum je um einen "Souveränitätsverzicht", sondern wird als

86) Art. 4 FPG

87) Art. 3 FPG

88) Art. 2 litt. b Ziff. 1 FPV. Diese Ausweitung der Bundeskompetenz könnte als Ueberschreitung der Oberaufsichtskompetenz betrachtet werden, ist es aber m.E. nicht, sondern eine konsequente Berücksichtigung der seitherigen Kompetenzen im Gewässerschutz, Umweltschutz (allerdings noch nicht 1965) und Natur- und Heimatschutz. Als Einwand gälte höchstens, dass diese Ausweitung nicht der Bundesrat, sondern nur der Gesetzgeber hätte vornehmen dürfen.

89) VPB 1975 Nr. 74 nennt Tessin, Zug, Freiburg, Baselland, Schaffhausen, Thurgau, Waadt, Genf. Daneben auch Luzern (Art. 4 ForstG vom 4. Februar 1969, G XVII, 475 ff.), Schwyz (Vo zum FPG vom 14. April 1967 nGS Nr. 754), Bern (Art. 3 ForstG vom 1. Juli 1973, GS 1973, 207 ff.), Appenzell-Innerrhoden (Art. 3 Vo zum FPG vom 2. Juni 1960, SG Nr. 1091), St. Gallen (Art. 3 ForstG vom 1. Dezember 1960, nGS 7, 685 ff.), Wallis (Art. 2 ForstG vom 11. Mai 1910, GS Nr. 1601), Neuenburg (Art. 1 Loi forestière du 31 mai 1917, Rec. Tome I, 333 ff.).
Bloetzer/Munz, 431 nennen nur Zürich, Solothurn und Bern als Kantone, die auch Nichtschutzwälder aufweisen; davon ist Bern seither weggefallen.

90) Art. 25 bis FPV

gute Gelegenheit der Sicherung der neueren, immer wichtiger werdenden Funktionen des Waldes ohne besondere kantonale gesetzliche Grundlage benützt, evtl. nicht zuletzt zur Vermeidung eines Referendums.

Die Praxis der Bundesbehörden und des Bundesgerichts folgt im allgemeinen den strengen Anforderungen des Gesetzes [91]. Die Rodung zur Erstellung von Wohnbauten wurde deshalb meist verweigert [92]. Das Interesse am Bau eines Eigenheimes kann nicht als überwiegendes öffentliches Interesse betrachtet werden [93]. Ebenso fallen finanzielle Interessen wie möglichst einträgliche Nutzung des Bodens oder die billige Beschaffung von Bauland ausser Betracht [94]. Das Bundesrecht geht auch dort vor, wo durch Einzonung von Waldareal für den einzelnen Grundeigentümer die Ueberbaubarkeit scheinbar gesichert ist [95]. Die Einzonung von Waldareal als Bauland hat nur dann eine gewisse rechtliche Bedeutung, wenn die Planung im Einvernehmen mit den Forstbehörden durchgeführt wurde [96], denn erst durch die rechtskräftige Rodungsbewilligung kann die eingezonte Fläche zu eigentlichem Bauland werden [97]. Vorher sind die Zonenpläne wegen des Vorranges des Bundesrechts nicht zu verwirklichen [98]. Bewilligt wurden Rodungen zur Beschaffung von Bauland in einer Tessiner Gemeinde, die zu 80 % ihrer Fläche bewaldet ist und ein ungenügendes Baulandangebot hatte [99], und

91) Die Rodungsbewilligung ist eine Ausnahmebewilligung. Bloetzer/Munz, 436 f., Munz, Landschaftsschutz, 40, ZBl 1972, 448.

92) VEB 1962/63 Nr. 57, Nr. 58, VPB 1970/71 Nr. 104, 1973 Nr. 74, 1974 Nr. 107, BGE 98 Ib 368 ff., 489 ff., 99 Ib 94 ff., 192 ff., 497 f., 100 Ib 482 ff., 101 Ib 313 ff.

93) VPB 1973 Nr. 74, BGE 98 Ib 368 ff.

94) VPB 1964/65 Nr. 156, Art. 26 Abs. 3 FPV, BGE 98 Ib 497, Bundesgericht in ZBl 1972, 448, E.5.

95) VEB 1962/63 Nr. 57, VPB 1973 Nr. 74, 75, 1974 Nr. 107, BGE 99 Ib 192 ff., 101 Ib 313 ff.

96) VEB 1962/63 Nr. 57 und 58, BGE 99 Ib 195

97) VPB 1973 Nr. 75, ZBl 1974, 352, E.2b

98) VEB 1962/63 Nr. 57, VPB 1973 Nr. 75

99) BGE 99 Ib 497 ff.

die Rodung einer von Wohnbauten umgebenen kleinen Waldparzelle in einem Gebiet mit Wohnungsnot [100]. Das Interesse an der touristischen Entwicklung der Region und an der wirtschaftlichen Belebung wurden ebenfalls als genügend intensiv anerkannt, um umfangreiche Rodungen vorzunehmen [101]. Dass solche Gründe als überwiegende Interessen in Betracht fallen können, ist wohl nicht zu bestreiten, hingegen scheint mir die Kritik an den konkreten Entscheiden des Bundesgerichts sehr berechtigt [102].

Im Fall Monte Sole SA [103], einer der amerikanischen Stiftung "Progress Foundation" gehörenden Gesellschaft, sollte auf dem 800 m hohen Hügel "Calangelo" in den Gemeinden Iseo und Cimo eine Fläche von 15 ha zum Bau einer Terrassenhaussiedlung mit 200-250 Wohnungen gerodet werden. Gegen die Verweigerung der Rodung durch das Eidg. Departement des Innern, die von der Tessiner Kantonsregierung befürwortet wurde, führte die Monte Sole SA Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde teilweise gut. Das war möglich durch eine starke Relativierung der Bedeutung von Art. 26 Abs. 3 FPV, indem die dort verlangte Standortgebundenheit der Werke, für welche um eine Rodung nachgesucht wurde, als nicht dem Sinn des FPG entsprechend und die Verordnungskompetenz des Bundesrates überschreitend bezeichnet wurde. Eine solch weitgehende Eigentumsbeschränkung hätte eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne erfordert [104]. Gegenüber dem allgemeinen Interesse an der Walderhaltung wog das Bundesgericht das besondere Interesse der Region an einer wirtschaftlichen und touristischen Entwicklung [105] ab, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass nach Aus-

100) VPB 1970/71 Nr. 105

101) BGE 98 Ib 447 ff. (Monte Sole SA), 489 ff. (Schillermatte), jedoch abgelehnt in VPB 1964/65 Nr. 156.

102) Huber in ZbJV 1973, 515 ff.

103) BGE 98 Ib 447 ff.

104) BGE 98 Ib 452, E.3

105) BGE 98 Ib 455, E.7 und 8

sage der Gesuchstellerin der Wald vernachlässigt war und nach der Ueberbauung parkartig bepflanzt und öffentlich zugänglich gemacht werden sollte [106]. Das Bundesgericht erachtete es als nicht ausgeschlossen, dass eine kleinere Projektvariante und eine klarere Offenlegung der künftigen Aktivitäten der Stiftung im Tessin die Rodung rechtfertigen würde, und wies deshalb die Sache an das EDI zurück.

Im Fall "Schillermatte" [107] ging es um eine Ueberbauung bei Brunnen am Vierwaldstätterseeufer. Es waren u.a. Hochhäuser für touristische Zwecke geplant. Dadurch wurden 2410 m^2 Wald betroffen, die gerodet werden mussten. Das Gebiet war nicht in einer Bauzone, sollte aber in das KLN-Inventar aufgenommen werden. Nach der bewilligungslosen Abholzung hatte das Bundesgericht auf Beschwerde der Schweiz. Vereinigung für Heimatschutz zu entscheiden. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, indem es ein öffentliches Interesse an der wirtschaftlichen Entwicklung der Gemeinde annahm [108] und in Betracht zog, dass das Landschaftsbild durch ein Kieswerk und militärische Bauten schon beeinträchtigt sei [109]. Die bevorstehende Aufnahme in das KLN-Inventar berücksichtigte das Bundesgericht nicht, weil bis zur Erstellung der Bundesinventare der Stellungnahme der Kantone grösseres Gewicht beizumessen sei [110]. Die Aufweichung des Erfordernisses der Standortgebundenheit präzisierte das Gericht insofern, als es eine "relative Standortgebundenheit" einführte, die hier gegeben sei, indem die Lage des Hochhauses, für welches die Rodung notwendig wurde, im Rahmen der gesamten Ueberbauung nicht anders gewählt werden könne, weil "kein unter planerischen und baulichen Gesichtspunkten gleichwertiger Standort" zu finden sei [111].

106) BGE 98 Ib 453, E.4

107) BGE 98 Ib 489 ff., siehe dazu auch Imholz, N + H, 67

108) BGE 98 Ib 499, E.7

109) BGE 98 Ib 500, E.8

110) BGE 98 Ib 501 f.

111) BGE 98 Ib 499, siehe auch Bundesgericht in ZBl 1975, 80.

Hier kann die Kritik an beiden Entscheiden einsetzen: Das Bundesgericht wirft dem Bundesrat unausgesprochen vor, er führe mit dem Erfordernis der Standortgebundenheit [112] eine zusätzliche, gegen die Eigentumsgarantie verstossende Erschwerung der Rodung ein. Dabei ist dieses Erfordernis die bereits mehrfach gewählte Lösung der neueren kantonalen Baugesetzgebungen für Bauten ausserhalb des eingezonten Baugebietes [113]. Weder im Fall Monte Sole SA noch im Fall Schillermatte handelte es sich um Grundstücke in der Bauzone. Nach den Regelungen in den Kantonen Schwyz und Tessin bedeutete dies zwar offenbar noch nicht zwingend den Ausschluss der Baumöglichkeit, doch sollte im Interesse der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts, die Art. 26 FPV richtigerweise gewährleisten soll, nicht auf rückständige kantonale Gesetzgebungen abgestellt werden, sondern auf solche, die eine geordnete, planerisch gesteuerte Entwicklung anstreben.

Bei den Entscheiden zeigt sich auch die Problematik des Erfordernisses des "überwiegenden Interesses". Es wird anerkannt, dass die Rodung sowohl durch ein privates wie durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann [114]. Das Geltendmachen eines öffentlichen Interesses erhöht aber zweifellos die Bewilligungschance. Dabei handelt es sich näher besehen meist

112) Siehe dazu auch BGE 98 Ib 220, E.2c und 372, E.3, deren Umschreibung der Bedeutung von Art. 26 Abs. 3 FPV besser gerecht werden, auch wenn sie immer noch eng ist.
Allgemein zur Standortgebundenheit: Pfammatter, 212 ff.: Dieser Autor versteht "sachlich begründetes Bedürfnis" (218) immer als aus den zwei Komponenten "Standortbedingtheit" und "öffentliches Interesse" zusammengesetzt. Dem ist zuzustimmen; es entsteht aber eine noch schärfere Abgrenzung gegen die kritisierte Bundesgerichtspraxis.
Siehe auch die Kritik von Imholz, N + H, 68.

113) § 65 BPG (ZH) verlangt für die Reservezone den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses und das Fehlen von entgegenstehenden öffentlichen Interessen. Entsprechend: Art. 23 BauG (BE), Art. 16 BauG (IR).

114) Bundesgericht in ZBl 1975, 80

primär um ein Interesse privater Einzelner, die mittelbar zu öffentlichen werden, indem sie Wirtschaft und Tourismus beleben [115], Wohnraum in einem Gebiet mit Wohnungsnot schaffen [116] oder Deponieraum für von einem Gemeinwesen zu beseitigende Stoffe schaffen [117]. Die Durchsetzungschance erhöht sich beträchtlich, wenn die Privatinteressen von einem Gemeinwesen aufgenommen werden und damit den verstärkten Schein eines öffentlichen Interesses erhalten. Die Privatinteressen in den Fällen "Monte Sole" und "Schillermatte" erscheinen erst dadurch als öffentliche, dass sich ihnen die Kantone als Promotoren zur Verfügung stellen [118]. Das ist eine kaum haltbare Begünstigung wirtschaftlich gewichtiger Projekte gegenüber den als partikulären Privatinteressen abgestempelten Wünschen kleiner Landbesitzer, die eine Waldparzelle zu eigenen Zwecken überbauen wollen.

Der dritte Einwand ist grundsätzlicher Art und betrifft die gesamte nachgesehene Praxis zu Rodungen. Ich bringe ihn hier an, weil er sich bei den zwei besprochenen Fällen aufdrängt:

Art. 3 Abs. 3 NHG erwähnt, dass die allgemeine Berücksichtigungspflicht des Bundes bei Erfüllung seiner Aufgaben unabhängig von der Bedeutung des Objektes besteht. Art. 4 ff. haben aber nur einen Sinn, wenn sich die Beurteilung, ob ein überwiegendes Interesse die Schmälerung eines Objektes rechtfertige, nach dessen nationaler, regionaler oder lokaler Bedeutung abstuft.

115) BGE 98 Ib 455 ff., E.7 und 8, 499 f., E.7; die gleichen Argumente finden sich auch bei der Rodung des Waldes von Thyon, BGE 96 I 506, E.4.

116) VPB 1970/71 Nr. 105

117) Bundesgericht in ZBl 1975, 81, E.4. Diese Rodung wurde zwar nicht bewilligt, weil die Standortgebundenheit nicht bejaht wurde; ausschlaggebend dürfte allerdings gewesen sein, dass die Beschwerdeführer die zu rodende Fläche schon zur Erstellung eines künftigen Reitzentrums verkauft hatten. Damit überwog wieder der Eindruck als reines Privatinteresse.

118) Auch die Rodung von Thyon ist nur durch massiven politischen Druck zu erklären. Darauf weist auch Huber, ZbJV 1971, 422, hin.

Das geht klar aus Art. 6 Abs. 2 NHG für die Objekte von nationaler Bedeutung hervor, die nur bei überwiegendem nationalem Interesse geschmälert werden dürfen, und ist sinngemäss auch auf die weniger bedeutsamen anzuwenden. Ein regionales Objekt darf also nur bei regional überwiegendem öffentlichem Interesse geschmälert werden [119]. Art. 3 Abs. 3 NHG stellt ein allgemeines Verunstaltungsverbot für den Bund dar, das sicherstellt, dass auch Landschafts- und Ortsbilder usw., denen eine überlokale Bedeutung zukommt, möglichst geschont werden. Diese "Stufenleiter" der abzuwägenden Interessen gilt für alle Bundesaufgaben, also auch für die forstpolizeilichen Bewilligungen. Bei der Interessenabwägung für eine nachgesuchte Rodung müsste richtigerweise zuerst die Bedeutung des Waldes für die nähere und weitere Umgebung abgeklärt werden. Die Rodung einer markanten Hügelkuppe im Tessin wie auch die bevorstehende Aufnahme in das KLN-Inventar müssten demzufolge so gewürdigt werden, dass ein überwiegendes regionales oder sogar nationales Interesse an der Rodung nachgewiesen werden könnte. Eine lokale wirtschaftliche Belebung und die angeführten touristischen Vorteile wären damit wohl nicht so stark ins Gewicht gefallen, und ein Abstellen auf Stellungnahmen von Kantonsregierungen könnte nicht eine wacklige Argumentation stützen [120]. Für eine national bedeutsame Landschaft könnten auch bestehende Beeinträchtigungen nicht ins Gewicht fallen, ausser wenn dadurch die nationale Bedeutung als solche dahinfallen würde.

Die materielle Beurteilung der Rodungen hat alle verschiedenen Funktionen des Waldes einzubeziehen: Schutzgut ist der Wald als ganzes, nicht nur seine optische Erscheinung [121]. Die Bedeutung des Waldes als Erholungsraum für die Bewohner der

119) a.M. BGE 99 Ib 78: Danach würde das "allgemeine Interesse" nach Art. 3 NHG nicht eine auf Gesetzesstufe näher quantifizierbare Abwägung bedeuten.

120) Für den Fall Schillermatte würde schon die regionale Bedeutung neben der Berücksichtigung einer Schwyzer Stellungnahme auch jene der Kantone Nidwalden, Uri und Luzern erfordern, die in jenem Bereich an das Becken des Vierwaldstättersees grenzen.

121) BGE 101 Ib 316, diese wird z.B. in VPB 1970/71, Nr. 103, zu einseitig betont.

Region, sein Schutz gegen Rutschungen oder Ueberschwemmungen, seine Bedeutung für Wasser und Luft, der freie Zutritt für jedermann wie auch seine Wichtigkeit für die Landschaft im allgemeinen sind mit den entgegenstehenden Interessen abzuwägen [122]. Diese Aufzählung liesse den Schluss zu, es müssten alle einzelnen Funktionen behandelt werden, um eine allfällige Verweigerung der Rodung zu begründen. Eine solche Prüfung von "Verweigerungsgründen" ist jedoch nicht unbedingt notwendig, denn der Gesuchsteller hat sein überwiegendes öffentliches Interesse nachzuweisen [123]. Eine umfassende Prüfung ist dann notwendig, wenn der Bund für eine selbst wahrgenommene Aufgabe roden will, z.B. für den Bau einer Nationalstrasse.

Der mögliche Ertrag aus dem fraglichen Waldstück ist unerheblich [124], denn in diesem Fall könnte durch seine Vernachlässigung eine Rodungsbewilligung erwirkt werden [125].

Wichtig ist auch, dass kein Rechtsanspruch auf eine Rodungsbewilligung besteht [126]. Deshalb ist die Meinung des Bundesgerichts, das Erfordernis der Standortbewilligung stelle eine intensive Eigentumsbeschränkung dar [127], falsch. Die Möglichkeit der Rodung ist kein Bestandteil des Eigentumsrechtes am Wald. Eine Rodungsbewilligung erlangt auch nicht materielle Rechtskraft [128], sie kann deshalb vor Vornahme der Rodung allenfalls widerrufen werden. Gleichwohl ist in mehreren Fällen eine an sich rechtswidrige Rodung geschützt worden, um nicht gutgläu-

122) VPB 1975 Nr. 74, ähnlich VEB 1959/60 Nr. 57, VPB 1964/65 Nr. 156 und 157.

123) VPB 1974 Nr. 107, bisweilen werden auch deshalb die mehr "polizeilichen" Verweigerungsgründe genannt, um Beschwerden zu vermeiden, z.B. Rutschgefahr an Hängen, VEB 1959/60 Nr. 57, VPB 1964/65 Nr. 156, 1974 Nr. 107.

124) VPB 1974 Nr. 107

125) so auch Bloetzer/Munz, 434

126) VEB 1959/60 Nr. 57

127) BGE 96 I 686 ff., 99 Ib 94 ff., VPB 1975 Nr. 74

128) In diesem Sinne unklar VPB 1970/71, Nr. 103, wo von einer "mit materieller Rechtskraft" erteilten Rodungsbewilligung gesprochen wird, die nicht "vollumfänglich aufrechterhalten werden könne".

big vorgenommene Investitionen der Bewilligungsnehmer zu vernichten [129].

Häufig wird in Beschwerden in Rodungssachen auf frühere erteilte Bewilligungen verwiesen und rechtsgleiche Behandlung gefordert. In diesen Fällen liegen zum Teil echte Praxisänderungen vor [130]; eine solche kann der Behörde nicht verwehrt werden, wenn dazu sachliche Gründe vorliegen, wie z.B. die immer kleiner werdenden Erholungsräume, zu deren wichtigsten die Waldflächen zu zählen sind. In andern Fällen liegt aber gar keine Praxisänderung vor, sondern es wird vom Beschwerdeführer fälschlicherweise auf früher unter anderem Recht bewilligte Rodungen verwiesen [131].

Rodungsgesuche, welche nicht die Erstellung von Wohnbauten bezwecken, haben verständlicherweise grössere Bewilligungschance. Eine umfangreiche Rodung in der Umgebung eines Reuss-Kraftwerkes wurde bewilligt [132], ebenso Rodungen für eine Kantonsstrasse [133] und für die Eröffnung oder Erweiterung von Kiesgruben [134], nicht dagegen für eine Deponie [135]. Problematisch sind Rodungen für die Erstellung oder Verbreiterung von Skipisten, weil an Hängen, die für den Skisport geeignet sind, der Wald seine hauptsächlichste Schutzfunktion, die er in Berggegenden erfüllen muss, ausübt, nämlich den Schutz vor Rutschungen durch Erosion, vor Steinschlag und Lawinen. Wenn es sich um Korrekturen handelt, die keine Schutzfunktion beeinträchtigen, sondern z.B. bestehende Unfallgefahren vermindern

129) Siehe z.B. oben S. 90, BGE 96 I 686 f.

130) z.B. VEB 1962/63 Nr. 56, VPB 1964/65 Nr. 155 und 156, 1970/71 Nr. 106, 1973 Nr. 74, 1974 Nr. 107

131) z.B. Bundesgericht in ZBl 1970, 112 ff.

132) BGE 98 Ib 120 ff., vor Bundesgericht war allerdings nur noch der Ort der Ersatzaufforstung umstritten.

133) BGE 98 Ib 213 ff.

134) VPB 1976 Nr. 23, abgelehnt dagegen vom Bundesgericht, ZBl 1975, 80 ff.

135) Bundesgericht in ZBl 1972, 447 ff., 1975, 80 ff.

sollen [136], ist eine kleinflächige Rodung unbedenklich. Die Rodung des Schutzwaldes von Thyon, die nach der rechtswidrigen Vornahme vom Bundesgericht nachträglich gebilligt wurde, ist ein bedauerliches Beispiel [137]. Sowohl das "nationale" Interesse an einer Herren-Abfahrtspiste wie der zwingende Grund, gerade an diesem Hang mitten durch einen grösseren Waldkomplex eine Piste anzulegen, leuchten nicht ein.

Die Praxis der Bewilligungserteilung wird aus Forstkreisen als zu wenig streng kritisiert. Der Schweizerische Forstverein hat in Zusammenarbeit mit dem Eidg. Oberforstinspektorat "Grundlagen und Richtlinien für die Behandlung von Rodungsgesuchen" erarbeitet [138]. Ihre rigorose Einhaltung würde einen grossen Teil der heute durchgeführten Rodungen nicht mehr zulassen. Die etwas strengere Praxis des OFI und des EDI lassen schliessen, dass die Richtlinien dort besseren Widerhall gefunden haben als bei den Kantonen oder auch beim Bundesgericht.

Aus forstpolizeilichen Gründen können auch Gesuche abgelehnt werden, die noch keine Rodung betreffen, wie z.B. ein Konzessionsgesuch für eine Sesselbahn, die einen "unnötigen Eingriff" in eine noch weitgehend unberührte Waldlandschaft bringen würde [139].

Zur Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete des Forstrechtes, soweit es für den Landschaftsschutz

136) Bundesgericht in ZBl 1976, 20 ff.; das Bundesgericht ergänzte ein Planierungsverbot für eine Skipiste, dass die Beseitigung von Unfallgefahren erlaubt wurde.

137) BGE 96 I 502 ff., Kritik von Huber in ZbJV 1971, 422.

138) Herausgegeben vom Schweiz. Forstverein 1973. Eine kurze Wiedergabe der Grundzüge der "Grundlagen und Richtlinien" findet sich bei Imholz, N + H, 68 f.

139) VEB 1957 Nr. 123, Sesselbahn Büttenloch-Kirsgarten.

von Bedeutung ist, gilt zusammengefasst folgendes:

1. Die wesentlichen Funktionen des Waldes, die geschützt werden müssen, werden vom Bundesrecht erfasst und wegen der freiwilligen Bezeichnung der gesamten Waldfläche als Schutzwald durch die meisten Kantone auch stärker von Bundesbehörden überwacht. Die meisten grösseren Rodungen sind deshalb von Bundesbehörden zu bewilligen.

2. Das Forstrecht bildet für Kantone und Gemeinden eine Schranke ihrer Baugesetzgebung und Raumplanung, indem Wald nicht als Bauland eingezont werden kann, ohne dass eine Rodungsbewilligung eingeholt wird. Wird eine Einzonung beabsichtigt, so muss die Planung gemeinsam mit den Forstbehörden erfolgen.

3.232 Konzessionierung von Seilbahnen

Der Bund beansprucht im Rahmen des Postregals [140] für sich auch das Personenbeförderungsregal, d.h. das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen Fahrten zu befördern [141]. Ausgenommen sind nicht regelmässige sowie nicht gewerbsmässige Fahrten [142] und die durch andere Bundesgesetze geregelten Beförderungsarten [143].

Es besteht aber nicht eine einheitliche Konzessionierung für alle Personenbeförderungsmittel, welche sich eines Zugseiles

140) Art. 36 Abs. 1 BV, allgemein zum Post- und Personenbeförderungsregal: Tuason, 20 ff.; Burckhardt, Komm. BV, 308 f.; zu den Luftseilbahnen: Imholz, N + H, 61 ff., ders., Konzessionierung von Luftseilbahnen, 30 ff., Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 103 ff., Umweltschutzrecht, 69 ff., Hafner, 107 ff.

141) Art. 1 Abs. 1 litt. a PVG (Bundesgesetz betreffend den Postverkehr vom 2. Oktober 1924, SR 783.0)

142) Nicht-Gewerbsmässigkeit: Art. 2 Abs. 1 litt. a PVG

143) Es handelt sich dabei um die Beförderung auf der Schiene (erfasst durch die Kompetenz aus Art. 26 BV) und in der Luft (erfasst durch Art. 37 ter BV). Nicht ausgenommen ist dagegen der Schiffahrtsverkehr, der einer Postkonzession bedarf (mit Ausnahmen durch internationale Vereinbarungen, dazu BGE 94 I 669 ff.). Aufgrund Art. 24 ter BV könnte auch eine andere, der Eisenbahn oder dem Luftverkehr entsprechende Regelung getroffen werden.

bedienen. Die Tatsache, dass das Regal wegen der möglicherweise nicht vorhandenen Regelmässigkeit und Gewerbsmässigkeit gleichartige technische Einrichtungen, die zudem ohne Zweifel wegen ihrer Gefährlichkeit einer Anzahl von Sicherheitsvorschriften unterworfen werden müssen, nur teilweise erfasst, führt zu einer recht komplizierten Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen.

Die Kantone können durch ihre Bindung an die Handels- und Gewerbefreiheit kein eigenes Regal beanspruchen. Beförderungsarten, welche der Bundesgesetzgeber vom Postregal ausnimmt, sollen regalfrei sein, was kantonale wirtschaftspolitische Bestimmungen mit Sicherheit ausschliesst [144]. Die Kantone können im Rahmen ihrer Zuständigkeit eine Bewilligungspflicht mit polizeilichen Kriterien einführen. Es fragt sich aber, wie weit die Kantone ihre sicherheits-, feuer- und baupolizeilichen Vorschriften, ihre landschaftsschützenden und raumplanerischen Bestimmungen noch auf eine erteilte Bundeskonzession einwirken lassen dürfen und insbesondere ob sie noch ein absolutes Ausübungshindernis aufstellen können.

Nach der Art der Beförderungsmittel ist die Bewilligungskompetenz wie folgt ausgeschieden:

1. Luftseilbahnen mit regelmässiger und gewerbsmässiger Personenbeförderung benötigen eine Bundeskonzession [145]. Es spielt keine Rolle, ob es sich um Pendel- oder Umlaufbahnen handelt und ob die Personen in Kabinen, Gondeln, auf Sesseln oder in andern Behältern transportiert werden [146].

2. Standseilbahnen bedürfen einer Eisenbahnkonzession, unterstehen aber daneben den entsprechenden Bestimmungen der Seilbahnverordnung [147].

144) Gygi, Wirtschaftsverfassung, 363 ff., BGE 97 I 504

145) Art. 1 Seilbahnverordnung (Verordnung über Bau und Betrieb von eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen, SR 743.12)

146) Art. 1 Abs. 1 Seilbahnverordnung

147) Art. 1 Abs. 2 Seilbahnverordnung

3. Aufzüge [148] und Schlittenseilbahnen werden den Luftseilbahnen gleichgestellt [149].

4. "Luftseilbahnen mit regelmässiger, aber nicht gewerbsmässiger Personenbeförderung, sowie solche, die einem Nichttransportgewerbe als notwendiger Hilfsbetrieb dienen" [150], sind durch Art. 2 Abs. 1 litt. a PVG vom Postregal ausgenommen.

5. Skilifte [151], Klein- [152] und Ausstellungsluftseilbahnen [153] sind vom Postregal und der Konzessionspflicht ausgenommen, werden aber vom Bund einer kantonalen Bewilligungspflicht unterstellt [154].

6. Kleinskilifte ohne feste Anlagen [155] werden vom Postregal vollständig ausgenommen. Es steht damit den Kantonen frei, sie allenfalls einer Bewilligungspflicht zu unterwerfen.

148) Aufzüge sind senkrecht geführte Kabinen, im Unterschied zu den Schrägseilbahnen.

149) Art. 1 Abs. 1 Seilbahnverordnung

150) Art. 1 Abs. 1, 3-6 Verordnung über die Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession und über die Skilifte vom 22. März 1972 (SR 743.21 = Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession). Begriffe: Art. 6 (Gewerbsmässigkeit), 7 (notwendiger Hilfsbetrieb), VVo 1 zum PVG.

151) Für Skilifte wurde lange verneint, dass sie überhaupt unter das Personenbeförderungsregal fallen, siehe dazu Pfenninger, 132 ff., der die Möglichkeit der Unterstellung unter das Regal als gegeben erachtet. 1972 übernahm der Bundesrat in Art. 2 Abs. 2 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession diese Auffassung, nahm aber gleichzeitig die Skilifte von der Bundeskonzessionspflicht aus.

152) Begriff Art. 8 in Verbindung mit Art. 10 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession: Nicht mehr als zwei Transportbehälter mit 4, u.U. 8 Personen Beförderungskapazität.

153) Art. 13 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession

154) Art. 1 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession, gestützt auf die Befugnis des Bundesrates gemäss Art. 2 Abs. 2 PVG, weitere Ausnahmen vom Postregal zu gestatten.

155) Art. 1 Abs. 3 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession. Die Ausnahme vom Personenbeförderungsregal bedeutet nur, dass die Mindestanforderungen des Bundes für die Skilifte nicht für die Kantone verbindlich sind und auch keine Meldepflicht besteht. Das Konkordat (siehe Anm. 156) unterscheidet nicht zwischen Skilift und Kleinskilift.

7. Für die Konkordatskantone [156] sind von der Bewilligungspflicht zudem die Seilbahnen für den ausschliesslichen Warentransport befreit [157]. Das bedeutet allerdings nicht, solche Seilbahnen könnten überhaupt bewilligungslos erstellt werden. Es ist denkbar, dass sie einer Bau- oder andern polizeilichen Bewilligung bedürfen; aber sie werden den Mindestanforderungen des Konkordates für Seilbahnen nicht unterstellt [158].

Für alle genannten Beförderungsmittel, die dem Postregal grundsätzlich unterstehen, d.h. einer Bundeskonzession bedürfen oder durch das Bundesrecht von der Konzessionspflicht ausgenommen sind [159] gelten ähnliche Voraussetzungen der Bewilligungserteilung:

1. Konzessionen und Bewilligungen werden nur beim Nachweis eines Bedürfnisses und bei nicht wesentlicher Konkurren-

156) Dem Konkordat über die nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen und Skilifte vom 15. Oktober 1951 (SR 743.22) sind bis Ende 1975 20 Kantone und Halbkantone beigetreten.

157) Art. 2 Abs. 1 litt. b Konkordat

158) Diese Anlagen unterstehen nicht dem Postregal, auch nicht für "verschlossene Sendungen bis 5 kg" gemäss Art. 1 Abs. 1 litt. b PVG, sie können deshalb auch nicht der Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession unterstellt werden.
Sie werden aber von Bestimmungen der Luftfahrtgesetzgebung (Flughindernisse, Art. 69 ff. der Vo vom 14. November 1973 über die Luftfahrt, SR 748.01) und der Unfallverhütung erfasst.

159) Das betrifft alle vorgenannten Arten ausser den Anlagen zum ausschliesslichen Warentransport (Ziff. 7), insbesondere auch Ziff. 4, die nicht gewerbsmässige Personenbeförderung. Diese wird vom Bund nicht an die Voraussetzungen von Art. 9 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession gebunden; das Konkordat trifft die Unterscheidung nicht. Es ist fraglich, ob damit das Konkordat mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar ist, doch stellt sich das Problem kaum je, weil für eine Bauluftseilbahn oder den Zubringer zu einem Gastwirtschaftsbetrieb der Bedürfnisnachweis meist zu erbringen ist. Dasselbe gilt nicht für nicht gewerbsmässige, nicht regelmässige Betriebe, doch schützt hier die HGF nicht.

zierung bestehender Anlagen erteilt [160].

2. Es dürfen keine öffentlichen Interessen des Bundes beeinträchtigt werden [161].

3. Die Sicherheit des Betriebes muss gewährleistet sein [162]. Die Bundeskonzession wird zusätzlich davon abhängig gemacht, dass das Unternehmen dafür Gewähr bietet, dass der Betrieb während der Dauer der Konzession aufrechterhalten bleibt [163].

Die konzessionierten Anlagen unterstehen einer Leistungspflicht [164], zudem werden wohl auch höhere technische Anforderungen gestellt [165], die hier nicht erörtert werden müssen, und der Bund übt durch seine Organe die Kontrolle aus [166].

Als öffentliche Interessen des Bundes, die nicht verletzt werden dürfen, fallen vor allem die Landesverteidigung, die Forstpolizei, die Raumplanung und der Natur- und Heimatschutz [167] in Betracht. Oeffentliche Interessen, die für eine Konzessionierung

160) Art. 11 Abs. 1 litt. a und b VVo I zum PVG (SR 783.01), Art. 9 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession, Art. 5 Konkordat

161) Wird nicht genannt bei den Grundlagen zur Bundeskonzession; Art. 9 litt. a Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession, Art. 5 Abs. 1 litt. a Konkordat.

162) Art. 9 litt. d Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession, Art. 5 litt. d Konkordat

163) Art. 11 Abs. 1 litt. v VVo I zum PVG

164) Art. 4 PVG

165) Siehe dazu die umfangreichen "Ausführungsbestimmungen des EVED zur Seilbahnverordnung vom 5. Oktober 1963" (SR 743.121) und die Vo über die Drahtseile von Seilbahnen vom 21. Mai 1946 (SR 743.122)

166) Art. 3 Seilbahnverordnung. Die Kontrolle wird nach dem schweren Seilbahnunglück der Bettmeralpbahn als ungenügend empfunden. Im Nationalrat dazu die Dringliche Einfache Anfrage Rubi (Nr. 75.813) und die Interpellation Schürch (Nr. 76.343).

167) Art. 9 litt. a Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession, Art. 5 Abs. 1 litt. a Konkordat

oder Bewilligung sprechen können, wie die Förderung des Fremdenverkehrs und die wirtschaftliche Entwicklung einer Region [168], sind eigentlich Konkretisierungen des geforderten Bedürfnisses nach der Anlage; die Praxis zeigt aber, dass solche Interessen, die auch von politischem Einfluss mitgetragen werden, häufig alle Bedenken gegen den Bau überspielen können.

Diese bedauerliche, ungebremste Expansion touristischer Anlagen, die stark kritisiert wird [169], liegt in einer rechtlich nicht unbedenklichen Wertung der Aufgabe der Bewilligungsbehörden: Es wird vertreten, es liege im freien Ermessen des zuständigen Organs, ob es die Konzession oder Bewilligung erteile oder nicht [170]. Diese Auffassung ist ein unzulässiger Umkehrschluss aus der Tatsache, dass kein Rechtsanspruch auf eine Konzession bestehe. In Wirklichkeit ist das Ermessen an einen engen Spielraum gebunden und nicht frei. Liegt eine positive Voraussetzung der Konzession nicht vor oder wird ein öffentliches Interesse erheblich beeinträchtigt, so besteht eine verbindliche Pflicht, die Konzession nicht zu erteilen, und kein freies Ermessen, das öffentliche Interesse zurückzustellen. Es besteht ein gewisses freies Ermessen, eine im öffentlichen Interesse völlig unbedenkliche Anlage entweder zu bewilligen oder abzulehnen, wenn nicht ganz eindeutig feststeht, dass das geltend gemachte Bedürfnis oder das Entfallen der Konkurren-

168) Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 117 ff., Umweltschutzrecht, 84 f.

169) Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 119 ff., Umweltschutzrecht, 88, Imholz, N + H, 62 ff., Konzessionierung von Luftseilbahnen, 32 ff.

170) VPB 1970/71 Nr. 83 (Das Gutachten der Justizabteilung stützt sich hier fälschlicherweise auf das "insbesondere" in Art. 11 Abs. 1 Vo I zum PVG ab, die aber nur die positiven Erfordernisse betrifft, nicht aber die Hindernisse). Noch eindeutiger für freies Ermessen: Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 114 ff., Umweltschutzrecht, 82 ff., 89 f. VEB 1954 Nr. 153 erklärt, die Verwaltung sei "ermächtigt ..., solche Konzessionen nach Zweckmässigkeitsgründen zu erteilen oder zu verweigern" (für die Zeit vor 1962 bestand allerdings keine bindende Berücksichtigungspflicht des Bundes betr. Natur- und Heimatschutz). Siehe auch VEB 1953 Nr. 107, E.2.

zierung bestehender Anlagen realistisch abgeschätzt ist [171]; dagegen steht es der Behörde nicht frei, über öffentliche Interessen wie die Raumplanung oder den Natur- und Heimatschutz zu disponieren, weil hier eine bindende Berücksichtigungspflicht auferlegt wird. Es besteht wohl ein Wertungsspielraum, der recht erheblich sein kann, etwa entsprechend der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe; dies ist aber keine Ermessensfreiheit [172].

Die vom Gesichtspunkt des Landschaftsschutzes aus äusserst unbefriedigende Konzessionierungspraxis der Bundesbehörden [173] sollte unbedingt strenger werden: Anzusetzen wäre vorerst bei der Prüfung der Bedürfnisfrage. Obgleich ein objektives Verkehrsbedürfnis [174] verlangt werden muss, wird der Begriff nicht quantifiziert, sondern wahrscheinlich weitgehend auf Behauptungen der Gesuchsteller abgestellt. Währenddem im Bereiche des Gastwirtschaftsgewerbes die Frage des Bedürfnisses nach Ausschankstellen auf eine bestimmte Einwohnerzahl bezogen gemessen wird [175] oder die Zahl der abzugebenden Fischerei- oder Jagdpatente nach dem vorhandenen Wild- oder Fischbestand begrenzt wird, sind aus der Konzessionierungspraxis keine entsprechenden zahlenmässigen Kriterien ersichtlich. Solche Kriterien wären nicht allzu schwer anhand überprüfbarer Daten zu entwickeln, z.B. mit Berücksichtigung der Fremdenbettenzahl des Einzugsgebietes, der vorhandenen Trans-

171) A.M. Pfenninger, Umweltschutzrecht, 79, der hier eine "Bindung" der Behörde annimmt.

172) Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 146 f. In ähnlicher Richtung wie meine Kritik läuft die redaktionelle Bemerkung von H.P. Moser zum Entscheid Brusti, ZBl 1973, 134 f.

173) Siehe die Kritik von Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 120 ff., Umweltschutzrecht, 88 f.; Imholz, N + H, 60 ff., Konzessionierung von Luftseilbahnen, 34 f., Hafner, 107 f. Die Praxis kantonaler Behörden ist nach meiner Kenntnis nirgend aufgearbeitet: Da die Zahl der Skilifte ungefähr dreimal so hoch ist wie jene der eidg. konzessionierten Luftseilbahnen, dürften die Anforderungen eher niedriger sein (siehe zu den Zahlen Pfenninger, Umweltschutzrecht, 73).

174) Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 106 f.

175) Z.B. BGE 94 I 597 ff., 669 ff., 95 I 118 ff., 206 ff.

portkapazität, der Tagesausflügler, der Betriebsdauer der Anlage und des bestehenden Angebotes für dieselbe Zielgruppe von Touristen. Die Durchsicht der Praxis zeigt, dass die von Gesuchstellern, Fremdenverkehrsverbänden und den das Gesuch unterstützenden Gemeinden oder Kantonen behauptete Notwendigkeit der Erstellung attraktiver Seilbahnen, die immer höher hinaufführen und ohne die ein Fremdenverkehrsort nicht mehr bestehen könne, als "Bedürfnis" anerkannt wird [176]. Bei der Schilthornbahn fand sogar der Bundesrat, dass diese "sozusagen die letzte Chance Mürrens" darstelle [177].

Die diskutable Wertung des Bedürfnisses gewinnt noch erheblich an Gewicht, indem es zur eigentlichen Bewilligungsfrage wird, mit welcher die andern zu prüfenden Voraussetzungen eng verknüpft werden: Wird ein erhebliches Bedürfnis zugebilligt, so werden Einwände des Landschaftsschutzes oder der Raumplanung viel unbedenklicher beiseitegeschoben, dies obgleich nach den gesetzlichen Konzessionierungsgrundsätzen [178] das erhebliche

176) VEB 1961 Nr. 122, BRB vom 17. Dezember 1973 betr. Kleines Matterhorn, teilweise wiedergegeben bei Imholz, N + H, 63 und in ZBl 1974, 278. Dasselbe Bedürfnis wäre für die Feekopfbahn geltend gemacht worden, doch dort nicht eindeutig bejaht worden.
Die verneinten "Bedürfnisse" betreffen eher kleinere Anlagen: VEB 1957 Nr. 123 (Sesselbahn Büttenlochschlucht), 1962/63 Nr. 162 (Sesselbahn Eigental-Studberg: Dieses Projekt ist der einzige Entscheid, bei welchem das Bedürfnis zahlenmässig in Frage gestellt wird.)
VEB 1954 Nr. 153 verneint das zivile, bejaht aber das militärische Bedürfnis an der Luftseilbahn Fräkmüntegg-Pilatus.
VEB 1955 Nr. 158: Bedürfnisfrage bei zwei gleichzeitigen Gesuchen aus dem gleichen Gebiet. VEB 1946/47 Nr. 126: Verweigerung einer Konzession, weil Ortschaft auch mit Postauto erreichbar.

177) VEB 1961 Nr. 122 (S. 203)
Die hohen Passivsaldi in einem Zeitraum rascher touristischer Expansion bewiesen erst nachher, dass ein echtes Bedürfnis offenbar nicht bestanden hatte. Siehe die Angaben für 1970 bei Pfenninger, Umweltschutzrecht, 88, insbesondere Anm. 37. Heute ist die Situation vieler Betriebe wohl noch schlechter.

178) Art. 11 Vo I zum PVG, Art. 9 Vo über Luftseilbahnen ohne Bundeskonzession, Art. 5 Konkordat.

Bedürfnis nicht Abwägungselement ist, sondern konstitutives Erfordernis. "Bedürfnis" wird dabei einfach mit "öffentlichem Interesse" gleichgesetzt: Richtigerweise ist das öffentliche Interesse an der Anlage die Summe aller für oder gegen eine Bewilligung sprechenden Punkte, von denen das Bedürfnis nur einer, allerdings nicht ein unwesentlicher ist.

Im Ergebnis zeigt sich, dass von den publizierten Entscheiden nur zwei aus Gründen des Landschaftsschutzes zur Abweisung führen: Das Projekt Riederalp-Blausee [179] wurde abgelehnt, um das Aletschwaldreservat vor einem unkontrollierten grossen Besucherzustrom zu schützen. Dies verhinderte nicht, dass 1965 im gleichen Raum eine Sesselbahn konzessioniert wurde [180].

In den publizierten Erwägungen der Konzessionsverweigerung einer Sesselbahn im Gebiete Rietbach (Toggenburg) [181] wird die mögliche Gefährdung eines forstwissenschaftlich bedeutenden Bergföhrenwaldes mit seltenen Riedgräsern und Alpenrosen als "erhebliches Bedenken" gegen die Konzessionierung gewertet, ausschlaggebend war jedoch das fehlende Bedürfnis. Die Form, wie die Hindernisse des Naturschutzes erwogen werden, unterstreicht damit eher meine These, dass beim Vorliegen eines Bedürfnisses kaum eine Konzession verweigert wird, also die Landschaftsschutzinteressen entgegen dem Verfassungsauftrag nur als Nebenpunkte behandelt werden.

In der Regel führt das Vorliegen von Landschaftsschutzbedenken nicht zur Abweisung, sondern zu einer Auflage: Die Bundesbehörden gehen dabei davon aus, dass in einem Fall, in welchem grund-

179) VEB 1953 Nr. 107

180) Sesselbahn Greicheralp-Blausee, zit. nach Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 116, Anm. 55

181) VEB 1961 Nr. 172

sätzlich eine Verweigerung möglich wäre, auch Konzessionen mit Bedingungen und Auflagen rechtlich zulässig seien [182]. Diese Auffassung ist gegenüber dem Gesuchsteller richtig, jedoch nicht unbedingt in Anbetracht der von der Bewilligungsbehörde zu berücksichtigenden Interessen: Militärische Interessen können z.B. sowohl das Bedürfnis für den Bau einer Luftseilbahn darstellen [183], jedoch auch einer Konzessionierung entgegenstehen. In diesem Fall wäre die Konzessionierung mit Auflagen wohl untauglich, wenn z.B. nicht wichtige militärische Anlagen "touristisch erschlossen" werden sollen, sondern nur eine Abweisung konsequent. Eine Auflage, dass nur Personen befördert werden dürfen, die Gewähr bieten, dass die militärische Geheimhaltung gesichert ist, wäre zwar nicht sachfremd [184], jedoch nicht durchsetzbar und deshalb untauglich. Zum Schutz der Landschaft werden jedoch solche undurchsetzbaren Bedingungen gestellt, indem z.B. verlangt wird, es sei nach Möglichkeit auf "die Erfordernisse des Natur- und Heimatschutzes Rücksicht zu nehmen" [185]. Eine solche Praxis ist abzulehnen: Entweder müssen die Auflagen genau formuliert werden, zielkonform und durchsetzbar sein oder die Konzession verweigert werden [186]. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Einwirkungsmöglichkeit der Bahnunternehmung auf ihre Benützer mit Beendigung des Transportes weitgehend dahinfällt [187]. Die Landschaft, der Wald, die Flora und die Fauna können nicht mit Auflagen geschützt werden, ausser wenn sie bloss die optische Erscheinung der Anlage oder die Bauzeit betreffen.

182) VPB 1970/71 Nr. 83

183) VEB 1954 Nr. 153

184) VPB 1970/71 Nr. 83 (S. 196 und dortige Belege)

185) ZBl 1971, 381

186) Dies wird richtig gehandhabt im Feekopf-Entscheid, wo der Bundesrat die Auflage des EVED, dass die Abfahrtsroute nur in Begleitung von Bergführern oder Skilehrern mit Bergführerfunktionen befahren werden dürfte, als unpraktikabel erkannte. VPB 1974 Nr. 23, ZBl 1974, 272.

187) ZBl 1973, 134

Problematisch ist auch im Bereich der Luftseilbahnkonzessionen der Stellenwert bestehender Beeinträchtigungen der Landschaft bei der Bewertung neuer Eingriffe. Die Signal-Seilbahn in St. Moritz füge den Veränderungen im Landschaftsbild nur eine weitere hinzu [188], meint das Bundesgericht bei der Beurteilung einer Beschwerde gegen eine Enteignung des Durchleitungsrechtes. Hier ist nochmals festzuhalten [189], dass Beeinträchtigungen zwar die Schutzwürdigkeit einer Landschaft verringern können, jedoch eher für die Vermeidung weiterer Beeinträchtigungen sprechen müssen, als dass eine weitere Zerstörung des Landschaftsbildes geduldet wird, solange sie nicht entscheidend herabgesetzt oder vernichtet ist. Solange die Oberengadiner Seenlandschaft noch als Objekt von nationaler Bedeutung angesprochen werden muss, dürfen nur Bundesaufgaben von überwiegendem nationalem Interesse zu weiteren Beeinträchtigungen führen, denn sonst wird nach und nach ihre nationale Bedeutung "demontiert". In dieser Hinsicht ist dem Entscheid "Frauenkirch" zuzustimmen, wonach aus bestehenden Beeinträchtigungen nicht die Begründung zu weiteren abgeleitet werden dürfe [190]. Doch ist leider der Stellenwert dieser Erwägung nicht genau ersichtlich, weil nur ein sehr kleiner Ausschnitt publiziert ist.

Ein wichtiges und praktikables Element zur Beurteilung von Konzessionsgesuchen ist die Einbettung des Projektes in eine verbindliche Planung der Gemeinde oder der Region [191]. Ein Grund für die Ablehnung der Feekopfbahn war auch die ungenügende Ortsplanung von Saas Fee [192]: Es bestand wohl ein Zonenplan, der

188) ZBl 1971, 377 ff., 381. Derselbe Bundesgerichtsentscheid ist - aus nicht klar ersichtlichen Gründen - leicht gekürzt nochmals in ZBl 1972, 286 ff. abgedruckt.

189) siehe dazu oben 3.231, S. 109

190) VEB 1962/63, Nr. 163

191) VPB 1974 Nr. 23 (S. 75), ZBl 1974, 277, E.5

192) VPB 1974 Nr. 23 (S. 75, ZBl 1974, 277, E.5. So auch Hafner, 109.

aber als Baugebiet alles nach seiner Tauglichkeit überhaupt einzonbare Gelände umfasste, also keineswegs nach siedlungsplanerischen und Bedarfs-Gesichtspunkten ausgeschieden war. Die andern Entscheide, welche raumplanerische Gesichtspunkte beurteilen [193], lassen leider auch wieder die Vermutung zu, dass die raumplanerischen Erwägungen nur zur Garnitur einer Ablehnung aus andern Gründen angeführt wurden [194]. Im Falle Kleines Matterhorn begnügte sich der Bundesrat mit der "Bereitschaft, einen grossen Teil des Gemeindegebietes zur Schutzzone zu erklären" [195]. Im Entscheid Brusti wurde die Konzession erteilt, obgleich dadurch ein Sachzwang zur möglicherweise nicht vorgesehenen Einzonung eines noch weitgehend unüberbauten Gebietes geschaffen wurde [196].

Für den Landschaftsschutz fallen aber nicht nur die Bauten der touristischen Transportanlagen in Betracht wie Masten, Seile und Bergstationen, sondern sind auch die Folgewirkungen auf die Landschaft einzubeziehen. Damit ist einerseits die Beeinträchtigung durch die Besucher gemeint, die der Vegetation schaden können, durch Lärm die Wildtiere erschrecken oder Abfälle hinterlassen. Noch gravierender sind aber im Zusammenhang mit dem modernen Skilauf die Erdbewegungen zur Pistenplanierung. Die Zerstörung der dünnen Vegetationsschicht durch

193) Bundesrat in ZBl 1973, 132 ff. (Brusti), Kleines Matterhorn (teilweise wiedergegeben in der redaktionellen Bemerkung in ZBl 1974, 278 f.). Konsequent dagegen VPB 1975 Nr. 101; allerdings nur in der Unterstellung unter den BMR, ohne materielle Beurteilung.

194) Wie ich auch bei VEB 1961 Nr. 172 vermute.

195) Zitiert nach der redaktionellen Bemerkung in ZBl 1974, 278 f. Dass auf eine solche Bereitschaft nicht viel zu geben ist, zeigt der inzwischen entbrannte Streit zwischen der Burger- und der Munizipalgemeinde Zermatt um das Eigentum am kulturunfähigen Boden, auf dem die Bahn gebaut werden soll ("Der Bund", 1. September 1976, S. 7).

196) ZBl 1973, 133

Baumaschinen bewirkt eine Verödung und verstärkte Erosion, die heute noch nicht reduziert werden kann [197]. Der Bundesrat hat erkannt, dass durch solche Eingriffe dem Ziel des Natur- und Heimatschutzes zuwidergehandelt wird [198]. Die vertretene Ansicht, dass die Skipistenplanierungen mittels der Bewilligungspflicht bei Entfernung geschützter Pflanzen in den Griff bekommen werden könnte, ist wenig realistisch [199]. Die einzige vertretbare Lösung liegt darin, dass der Bundesrat durch Ergänzung der NHV solche Planierungen generell für bewilligungspflichtig erklärt, wie er dies als Ausführungsbestimmung zu den Schutzvorschriften gemäss Art. 20 NHG tun kann.

Gestützt auf seine Verordnungskompetenz nach NHG könnte der Bundesrat die Bewilligungspflicht zum Planieren von Skipisten auch in den entsprechenden technischen Verordnungen, der Seilbahnverordnung und der Vo über die Seilbahnen ohne Bundeskonzession niederlegen. Damit würde deutlicher zur Geltung gebracht, dass die Schonungspflicht auch die jetzigen Konzessionsinhaber trifft, und eventuell müssten auch Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet werden. Dieses rechtstechnische Vorgehen

197) Bericht einer Tagung des SSLL, "Der Bund" vom 3. Oktober 1976, Seite 7. Siehe auch Linda Stibler in nz-panorama vom 27. März 1976, Seite III.

198) "Der Bund", aaO. Verweis auf eine Einfache Anfrage Schatz, Antwort des Bundesrates vom 11. März 1976.

199) "Der Bund" aaO. Art. 20 NHG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Vorschriften zum Schutze seltener Pflanzen; Art. 22 erlaubt der zuständigen kantonalen Behörde, Ausnahmebewilligungen für das "Sammeln und Ausgraben geschützter Pflanzen" zu erteilen. Darunter fiele die Vernichtung bei Pistenplanierungen sicher nicht, so dass alle Gesuche abgelehnt werden müssten. Es gäbe deshalb in Wirklichkeit nur bewilligungsfreie und verbotene Planierungen. Solange Traxführer nicht eine Botanik-Prüfung absolvieren müssen und den Nachweis zu erbringen haben, dass sie geschützte von ungeschützten Pflanzen unterscheiden können, kann ihnen nicht zugemutet werden, die bewilligungsfreie von der verbotenen Planierung zu unterscheiden.

hätte auch den Vorteil, dass keine Seilbahn- und Skiliftunternehmen sich hinter Gesetzesunkenntnis verschanzen könnten, denn damit wäre klar der Geltungsbereich der Schutznormen umrissen.

Die Abteilung Natur- und Heimatschutz des Eidgenössischen Oberforstinspektorates und der Delegierte für Raumplanung haben "Grundsätze für die Konzessionierung von touristischen Transportanlagen" [200] ausgearbeitet, welche die Konzessionierungspraxis den Erfordernissen des Landschaftsschutzes und der Raumplanung anpassen sollen.

Zusammenfassung: Die Konzessionierung von Seilbahnen ist rechtlich weitgehend für die ganze Schweiz vereinheitlicht. Die nicht konzessionspflichtigen Anlagen werden durch die Verordnung über die Seilbahnen ohne Bundeskonzession und das Konkordat, das für die ganze Schweiz mit Ausnahme einiger Flachlandkantone gilt, recht einheitlich erfasst.

Unbefriedigend ist die Berücksichtigung des Landschaftsschutzes in der Konzessionierungspraxis. Die "Grundsätze für die Konzessionierung ..." sollten unbedingt beachtet werden, v.a. diejenigen betreffend die Einbettung in die Raumplanung und die Nichterschliessung der grossen Höhen.

3.233 Elektrizitätsleitungen

Art. 24 quater BV [201], der mit dem neuen Wasserrechtsartikel 24 bis BV revidiert wurde, enthält gleichlautend die Bestimmungen, die vorher in Art. 24 bis Abs. 7 und 9 BV niedergelegt waren.

200) Vom 19. Juli 1972, zusammengefasst wiedergegeben bei Imholz, N + H, 64; siehe auch die von Hafner, 109 f., aufgestellten Grundsätze.

201) angenommen in der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975

Es handelt sich um eine umfassende Bundeskompetenz. Die Fortleitung der elektrischen Energie ist zweifellos eine Bundesaufgabe nach dem NHG [202]: Bewilligungen zum Leitungsbau nach Art. 15 ElG [203] dürfen nur bei Uebereinstimmung mit den Erfordernissen des Natur- und Heimatschutzes erteilt werden.

Elektrische Freileitungen treten im Landschaftsbild intensiv in Erscheinung. Ihre Linienführung und die Frage der Verkabelung in empfindlichen Gebieten hat zu vielen Entscheiden der Organe des Bundes geführt. Diese Praxis wird als überzeugend und vorbildlich bezeichnet [204], genau besehen finden wir in den ausführlichen Entscheiden jedoch eine weitgehende Kapitulation des Landschaftsschutzes.

Die alte Praxis, wonach Gesichtspunkte des Landschaftsschutzes nicht den Bau einer Leitung verhindern, sondern nur auf die Linienführung und die Gestaltung der Masten Einfluss nehmen können [205], ist durch den Erlass des NHG überholt und braucht nicht mehr erörtert zu werden.

Die neueren Entscheide befassten sich mit Hochspannungsleitungen in Kaisten [206], in Sisseln [207], mit Ueberquerungen des Aare- [208]

202) Art. 2 litt. b NHG, Ruck, Elektrizitätsrecht, 123

203) BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (SR 734.0)

204) Imholz, N + H, 65

205) z.B. VEB 1941 Nr. 113, 1946/47 Nr. 124 und 125, 1952 Nr. 136 und 137, 1955 Nr. 160. Die Praxis stützte sich auf Art. 12 Schwachstrom Vo (SR 734.1) und Art. 72 Starkstrom Vo (SR 734.2), die nicht im Sinne einer durch ausdrückliches Bundesrecht gebotenen Rücksichtnahme, sondern einer Rücksichtnahme auf kantonale Aufgaben und kantonales Recht verstanden werden müssen. Siehe dazu unten S. 138.

206) Bundesrat in ZBl 1974, 517 ff.

207) BGE 96 I 513 ff.

208) Bundesrat in ZBl 1970, 18 ff.

und des Reusstales [209] oder des Géronde-Hügels [210] bei Sierre, um Leitungen am Pfannenstiel [211] und bei Risch [212]. In allen Fällen, in denen eine Verkabelung verlangt wurde, scheiterte die Beschwerde. Von den Fällen, die eine Verlegung der Leitung verlangten, wurde ein einziger gutgeheissen [213].

Fordert ein einzelner Grundeigentümer eine Leitungsverlegung, fällt es ihm schwer, glaubhaft zu machen, dass er nicht nur das partikuläre Interesse an der Aussicht von seiner Terrasse, sondern das öffentliche Interesse am Schutze der Landschaft geltend mache. Das ergibt eine ungünstige Ausgangslage für die Abwägung der Linienführung gegenüber dem Landschaftsschutz. Die Position von Gemeinden oder Verbänden ist in dieser Hinsicht besser, doch wird dort häufiger nicht nur eine kleinräumige Verschiebung einzelner Masten verlangt, sondern die ungünstige Wirkung auf die Landschaft gerügt, was nur mit einem Verzicht auf die Durchleitung durch einen grösseren Raum oder die Verkabelung verbessert werden kann. Gemeinden und Verbände sind aber häufig zeitlich zu spät informiert [214]; die Beschwerde gegen eine im Bau befindliche Leitung, die unbestrittenermassen ordnungsgemäss bewilligt wurde, ist zum vornherein aussichtslos.

Die materiellen Gründe gegen eine Verkabelung sind die höheren Kosten, die technische Unvollkommenheit von Kabeln mit einer Spannung über 50 kV und die höhere Störungsanfälligkeit von Kabeln, verbunden mit einem längeren Betriebsausfall [215].

209) BGE 99 Ib 70 ff.

210) VPB 1976 Nr. 44

211) BGE 100 Ib 404 ff., VPB 1976 Nr. 17

212) Bundesgericht in ZBl 1976, 206 ff.

213) ZBl 1976, 206 ff.: Entscheid zugunsten einer Variante durch die Industriezone anstatt durch das Schutzgebiet eines Weilers mit mittlerer Schutzwürdigkeit.

214) VPB 1976 Nr. 17: "Die Gemeinde erhielt erst durch den Baubeginn Kenntnis von der Plangenehmigungsverfügung."

215) Ausführlich dazu BGE 100 Ib 412, E.4, 99 Ib 81, E.4 und 5, 96 I 519, E.5 c, VPB 1976 Nr. 17 (S. 80)

Es wird insbesondere auch auf den präjudiziellen Charakter der Verkabelung einer einzigen Leitung verwiesen, der nachher die Anpassung eines grösseren Teiles des Netzes und damit einen viel stärkeren Preisanstieg der Energie bewirke [216]. Alle diese Argumente würden für eine Teilverkabelung besonders schutzwürdiger und empfindlicher Strecken sprechen. Wird jedoch eine solche verlangt, wird sie regelmässig abgelehnt, weil ein häufiger Wechsel von Freileitung zu Kabel technische Schwierigkeiten bietet und besonders störungsanfällig ist [217]. Mit dieser Argumentation wird klar, dass die Geltendmachung des Landschaftsschutzes kaum Erfolgsaussichten hat. Der Verweis darauf, dass von den Alternativlösungen Vollverkabelung oder Teilverkabelung die erste nicht zu verwirklichen sei, weil sie finanziell untragbar sei, die zweite dagegen, die finanziell möglich wäre, aus betriebstechnischen Gründen abzulehnen sei, wirkt zynisch. Das führt zur Anerkennung eines Sachzwanges, der den Interessen des Gesuchstellers entgegenkommt und den Landschaftsschutz verunmöglicht. Der Sachzwang ist aber das Ergebnis einer verfehlten Praxis und nicht mit der Natur der Sache zu begründen.

Das Bestreben, die Leitungen im Gelände möglichst wenig störend und auffallend anzulegen und die Masten möglichst zu tarnen, ist sicher durchwegs vorhanden. Diese Massnahmen genügen jedoch nur zur Schonung wenig schützenswerter Landschaften, sie sind meist ungenügend bei Landschaften mit höherer Schutzwürdigkeit oder schon bestehenden verbindlichen Schutzbestimmungen. In diesen Fällen spielt nicht nur das Landschaftsschutzinteresse, sondern auch die einheitliche Verwirklichung des kantonalen Rechts in der Interessenabwägung mit, und es ist wenn irgendwie möglich die Konkordanz zwischen Bundesaufgabe und kantonalem Recht herzustellen.

Der erste Grund für die heute unbefriedigende Lage ist die problematische Interessenabwägung: Es erscheint als schlichte

216) BGE 100 Ib 414, E.4 b, VPB 1976 Nr. 17 (S. 80)
217) BGE 99 Ib 85, VPB 1976 Nr. 17 (S. 78 f.)

Fehlleistung des Bundesgerichts, wenn es behauptet, die "Zuleitung von hochgespannter elektrischer Energie zu den beiden Unterwerken in Spreitenbach und Buchs (bilde) ein Interesse von nationaler Bedeutung" [218]. Richtigerweise könnte nur festgehalten werden, dass die Versorgung mit elektrischer Energie als solche ein nationales Interesse bilde. Dass die Energie für den Raum Spreitenbach bei Niederwil über das Reusstal geführt wird, ist nicht durch ein nationales Interesse, sondern durch den unternehmerischen Entscheid der NOK, zwei ihrer Unterwerke zu verbinden, bestimmt. Das nationale Interesse muss jedoch dargetan sein, um ohne Verletzung des NHG eine Landschaft von nationaler Bedeutung beeinträchtigen zu dürfen. Wie schon dargelegt [219], müsste für eine effektive Verwirklichung des Landschaftsschutzes ein gesamtschweizerisches Leitungskonzept erarbeitet und auf nationaler Ebene dem NHG nachgelebt werden. Die bestehenden gesamtschweizerischen Leitungsnetze sind von der Elektrizitätswirtschaft nach ihren Bedürfnissen ausgearbeitet. Könnte die ENHK zu solchen Konzepten Stellung nehmen (oder würden die Inventare endlich vorliegen [220]), so könnte einvernehmlich die Landschaft wirklich geschützt werden, währenddem Streitereien um die Linienführung einer Strecke von wenigen Kilometern fruchtlos sind und die Selbsttäuschung hervorrufen, man habe für die Landschaft getan, was man könne.

218) BGE 99 Ib 79

219) Siehe oben 3.223, S. 98. Ein rechtlich relevanter Sachzwang könnte nur für die grossen Transportleitungen (von den Alpenkraftwerken ins Mittelland, von Kernkraftwerken weg) angenommen werden. Es fällt auf, dass aber kaum je diese Höchstspannungsleitungen zur Beurteilung stehen, sondern Hochspannungsleitungen niedrigerer Kapazität (eine Ausnahme bildet z.B. der Fall Kaisten, ZBl 1974, 517 ff.).

220) Die Inventare können allerdings auch ein bedenkliches Schutzinstrument sein: Wie sich jetzt schon zeigt, neigen die Behörden dazu, die Nichtaufnahme in ein nationales Inventar auch als Nichtschutzwürdigkeit zu betrachten, was Art. 3 NHG krass widerspricht. Beispiele: VPB 1976 Nr. 44 (S. 79), 1976 Nr. 17 (S. 75): Hier scheint der Redaktor des Entscheides nicht zu realisieren, dass das betreffende Kloster, auch wenn es nationale Bedeutung hätte, nicht in das KLN-Inventar (= Landschaften und Naturdenkmäler) aufgenommen würde. Besser: BGE 99 Ib 78.

Die Bewilligungsbehörden gehen offenbar immer noch davon aus, sie müssten eine beantragte Leitung bei Erfüllung der technischen Anforderungen in jedem Fall bewilligen und könnten Interessen planerischer oder landschaftsschützender Art nur sekundär berücksichtigen [221]. Diese Auffassung tritt klar im Fall Kaisten zutage [222]: Gegenüber dem Begehren der Gemeinde, dass zwei der zahlreichen ihr Gebiet verunstaltenden Leitungen zusammengelegt werden sollen, äussert der Bundesrat auch "rechtliche" Bedenken. Dass die beiden Leitungen von je verschiedenen Gruppen von Elektrizitätsgesellschaften betrieben werden, hindere die Zusammenlegung, denn die Möglichkeit, sie zu erzwingen, fehle [223]. Dies ist zwar formell richtig, jedoch praktisch unzutreffend: Hätte der Bundesrat eine zusätzliche Leitung als für die Landschaft unzumutbar erachtet, so wäre die pflichtgemässe Folge die Bewilligungsverweigerung gewesen, die faktisch zum Zwang einer Zusammenlegung der Leitungen geführt hätte. Im praktischen Fall entschieden allerdings die technischen Nachteile gegen die Zusammenlegung der Leitungen, nicht die erwähnten "rechtlichen Schwierigkeiten".

Die Interessenabwägung ist über den gezeigten Fehlansatz hinaus weiter problematisch: Einmal wird Unvergleichbares verglichen, nämlich das unquantifizierbare Interesse an der Erhaltung der Landschaft und der höhere finanzielle Aufwand sowie technische Erschwerungen. Zum andern stehen sich Interessen mit sehr verschiedener Artikulationsmöglichkeit gegenüber: Der planende Ingenieur kann nach seiner Ansicht den Verunstaltungseffekt "seiner" Leitung klar beurteilen, vielleicht findet er die Leitung sogar schön und eine Bereicherung der Landschaft. Er

221) Ruck, Elektrizitätsrecht, 122 f., Ziff. 4 geht auch davon aus, dass das Starkstrominspektorat nur die technische Seite behandelt, doch sieht er im kantonalen Natur- und Heimatschutzrecht ein zwingendes Hindernis für Bewilligungen, indem sich der Bund an das kantonale Recht zu halten hat.

222) ZBl 1974, 517 ff.

223) ZBl 1974, 520

wird sich also von den Einwänden der Naturschützer nicht überzeugen lassen, diesen aber klar vorrechnen können, dass ihre Forderungen wirtschaftlich untragbar und technisch abzulehnen seien. Die Gegner einer Leitung werden dagegen nie "beweisen" können, dass die Leitung gar nicht notwendig sei, weil vernünftigerweise die Belieferung von der andern Seite (und einer andern Elektrizitätsgesellschaft) erfolgen könne oder mangels einer umfassenden Planung gar nicht notwendig sei. Bei dieser Waffenungleichheit der Parteien wird die Beschwerdeinstanz zwangsläufig den "besseren", d.h. belegbaren Argumenten folgen. Dieses Dilemma liegt nicht im Unvermögen der Entscheidinstanz, sondern zeigt die Problematik der Einzelentscheidung in einem planungsbedürftigen Bereich. Das Vorgehen ist vergleichbar mit einer Raumplanung, welche die Zersiedelung damit verhindern will, dass sie nirgends das Bauen verbietet, aber die konkreten Projekte darauf prüft, ob sie notwendig und nicht unschön sind.

Die Schwierigkeit der Berücksichtigung des Landschaftsschutzes wäre allerdings auch mit einer Gesamtplanung des Leitungsnetzes und einer vermehrten Verkabelung nicht aus der Welt geschafft: Bis jetzt habe ich nur mit dem Schutz des Landschaftsbildes argumentiert, zu berücksichtigen sind aber auch andere Schutzaspekte. Eine Kabelleitung erfordert mitunter Waldrodungen [224)] und kann Feuchtstandorte austrocknen, währenddem die Freileitung diesbezüglich keinen Schaden anrichtet. Wird ein Schutzgebiet tangiert, wird der Naturschutzzweck eine Freileitung, der optische Landschaftsschutz ein Kabel fordern. Es ist aber doch zu berücksichtigen, dass die grossräumigen kantonalen Schutzbestimmungen häufiger das Landschaftsbild, insbesondere das Verbot von Bauten oder deren Gestaltung betreffen; in der Folge werden die Fälle häufiger auftreten, in denen die optische Wirkung der Leitungen in Frage steht.

224) Darauf weist auch BGE 99 Ib 86 hin.

Weil vom Bund vorgenommene [225] oder doch bewilligte Leitungsbauten nicht mehr einem nachträglichen kantonalen Bewilligungsverfahren unterworfen werden können [226], stellt sich die Frage der Berücksichtigung der kantonalen Schutzgebiete im Bundesverfahren: Es kann sicher nicht mit Erfolg gefordert werden, dass die Leitungen, obgleich sie nicht als Bauten das Baurecht einzuhalten haben, in bezug auf das Natur- und Heimatschutzrecht Bauten gleichzustellen sind, also in Schutzgebieten mit Bauverbot auch ein Leitungsbauverbot besteht. Ruck vertritt die strikte Unterwerfung der "Einrichtungen und Anlagen zur Gewinnung, Fortleitung und Verteilung elektrischer Energie" unter das kantonale und kommunale Natur- und Heimatschutzrecht [227]. In dieser These ist ihm bisher niemand gefolgt, eine Anwendung ist auch kaum praktikabel, weil nirgends eine konstitutive kantonale Zustimmung zu einer Bundesbewilligung oder ein nachträgliches kantonales Bewilligungsverfahren vorgesehen ist. Das Bauverbot in kantonalen Schutzgebieten bezweckt in vielen Fällen hauptsächlich, den Menschen als Störfaktor für die Natur fernzuhalten. Wenn dies der Schutzzweck ist, wird er auch durch den Leitungsbau nicht beeinträchtigt. Bezwecken die kantonalen Normen dagegen das Fernhalten menschlicher Eingriffe in die Natur überhaupt, so entsteht eine Unvereinbarkeit, bei welcher ohne Vorliegen wirklich zwingender Gründe die Bundesaufgabe weichen sollte [228]. Diese Haltung

225) Z.B. Telefonleitungen, dazu BGE 97 I 524 ff., Art. 5-7 ElG, siehe oben 2.61, S. 53 f.

226) Zaugg, Komm. BE BauG Art. 1 N.22; eine solche nachträgliche Prüfung sieht aber offenbar Ruck, Elektrizitätsrecht, 122, 124 f., vor. Siehe dazu unten 3.331, S. 172 ff.

227) Ruck, Elektrizitätsrecht, 122: Die Auffassung dieses Autors stützt sich erst auf Art. 24 sexies BV und die Botschaft. Er stellt sehr stark auf die Aeusserungen in der Botschaft zu Art. 24 sexies Abs. 1 BV ab, wo auf die Stärkung der kantonalen Bemühungen Wert gelegt wird (BBl 1961 I 1106, 1109, 1110). Für die Unterstellung unter das kantonale Baurecht, die Ruck auch bejaht (S. 85), siehe unten 3.331, S. 178 ff.

228) BGE 99 Ib 78 weist auf kommunale Schutzverordnungen hin, die vorbildlich seien. Es geht nicht hervor, wie weit sie durch die Leitung unwirksam werden. Offenbar handelt es sich mehr um Erholungsgebiete, deren Schutzzweck möglicherweise nicht beeinträchtigt wird.

Fehlleistung des Bundesgerichts, wenn es behauptet, die "Zuleitung von hochgespannter elektrischer Energie zu den beiden Unterwerken in Spreitenbach und Buchs (bilde) ein Interesse von nationaler Bedeutung"[218]. Richtigerweise könnte nur festgehalten werden, dass die Versorgung mit elektrischer Energie als solche ein nationales Interesse bilde. Dass die Energie für den Raum Spreitenbach bei Niederwil über das Reusstal geführt wird, ist nicht durch ein nationales Interesse, sondern durch den unternehmerischen Entscheid der NOK, zwei ihrer Unterwerke zu verbinden, bestimmt. Das nationale Interesse muss jedoch dargetan sein, um ohne Verletzung des NHG eine Landschaft von nationaler Bedeutung beeinträchtigen zu dürfen. Wie schon dargelegt[219], müsste für eine effektive Verwirklichung des Landschaftsschutzes ein gesamtschweizerisches Leitungskonzept erarbeitet und auf nationaler Ebene dem NHG nachgelebt werden. Die bestehenden gesamtschweizerischen Leitungsnetze sind von der Elektrizitätswirtschaft nach ihren Bedürfnissen ausgearbeitet. Könnte die ENHK zu solchen Konzepten Stellung nehmen (oder würden die Inventare endlich vorliegen[220]), so könnte einvernehmlich die Landschaft wirklich geschützt werden, währenddem Streitereien um die Linienführung einer Strecke von wenigen Kilometern fruchtlos sind und die Selbsttäuschung hervorrufen, man habe für die Landschaft getan, was man könne.

218) BGE 99 Ib 79

219) Siehe oben 3.223, S. 98. Ein rechtlich relevanter Sachzwang könnte nur für die grossen Transportleitungen (von den Alpenkraftwerken ins Mittelland, von Kernkraftwerken weg) angenommen werden. Es fällt auf, dass aber kaum je diese Höchstspannungsleitungen zur Beurteilung stehen, sondern Hochspannungsleitungen niedrigerer Kapazität (eine Ausnahme bildet z.B. der Fall Kaisten, ZBl 1974, 517 ff.).

220) Die Inventare können allerdings auch ein bedenkliches Schutzinstrument sein: Wie sich jetzt schon zeigt, neigen die Behörden dazu, die Nichtaufnahme in ein nationales Inventar auch als Nichtschutzwürdigkeit zu betrachten, was Art. 3 NHG krass widerspricht. Beispiele: VPB 1976 Nr. 44 (S. 79), 1976 Nr. 17 (S. 75): Hier scheint der Redaktor des Entscheides nicht zu realisieren, dass das betreffende Kloster, auch wenn es nationale Bedeutung hätte, nicht in das KLN-Inventar (= Landschaften und Naturdenkmäler) aufgenommen würde. Besser: BGE 99 Ib 78.

gebietet nur bei technisch gleichwertiger und nicht wesentlich teurerer Lösungsmöglichkeit die Variante, welche das Landschaftsbild am wenigsten stört. Damit bleibt die Bestimmung wesentlich hinter dem NHG zurück, welches deshalb an die Stelle des Art. 12 tritt. Aehnliches gilt für Art. 72 Starkstromverordnung [230a]: Das dort niedergelegte Rücksichtnahmegebot ist zwar weniger restriktiv formuliert als in der Schwachstromverordnung [230b], gibt aber auch weniger konkrete Anweisungen über die Ausübung der Berücksichtigungspflicht als das NHG.

Zusammenfassung: In der Praxis der Elektrizitätsleitungen bleiben wichtige Forderungen des Landschaftsschutzes weitgehend unberücksichtigt. Dies ist sehr bedauerlich, weil es sich um ein Gebiet handelt, in welchem der Bund eine grosse Handlungsfreiheit besitzt. Die technischen und finanziellen Probleme stellen gegenwärtig eine v.a. politisch nicht zu überwindende Hürde dar. Landschaftsgerechterer Leitungsbau erfordert eine umfassende Versorgungsplanung, welche auf gesamtschweizerischer Stufe den Landschaftsschutz berücksichtigt, und eine Einhaltung der kantonalen Landschaftsschutzbestimmungen, wo es deren Schutzzweck erfordert.

230a) vom 7. Juli 1933, SR 734.2

230b) Der Grund für die verschiedene Formulierung liegt wohl darin, dass die Schwachstromverordnung besonders für den Bund selber, insbesondere die Telefonleitungen gilt, weshalb der Bundesrat zur Vermeidung von Mehrkosten hier eine weniger weitgehende Berücksichtigungspflicht fordert. Aehnlich auch Ruck, Elektrizitätsrecht, 120: Dieser Autor kritisiert scharf, dass Art. 72 Starkstromverordnung nur ungefähr im gleichen Rahmen angewendet wird wie Art. 12 Schwachstromverordnung. Ruck bezeichnet in Konsequenz zu seiner Auffassung, dass der Bund an das kantonale Natur- und Heimatschutzrecht gebunden sei, Art. 12 Schwachstrom Vo und Art. 72 Starkstrom Vo als verfassungswidrig und rechtsungültig (Ruck, Elektrizitätsrecht, 33 f., 116 ff.).

3.234 Wassernutzung und Wasserbau

Im Bereich der wirtschaftlichen Nutzung des Wassers und des Schutzes von Natur und menschlicher Umwelt vor schadenstiftenden Wirkungen durch das Wasser hat der neue Wasserwirtschaftsartikel [230c)] eine Klärung der unübersichtlichen Kompetenzlage gebracht. Bis zur Anpassung der heute geltenden Gesetze und der Ausübung der neuen Kompetenzen muss aber die vorher geltende Ordnung weiterhin berücksichtigt werden. Neben Art. 24 bis BV sind grundsätzlich auch die Art. 23, 24 ter, 24 septies und 25 BV zu berücksichtigen, dagegen fallen Art. 24 und 24 quater BV weg. Die Oberaufsichtskompetenz in Art. 24 bleibt zwar formell weiterbestehen, sie ist aber gegenstandslos geworden, nachdem Art. 24 bis Abs. 2 litt. b dem Bund eine umfassende Kompetenz in der Wasserbaupolizei zuweist [230d)]. Art. 24 quater enthält nach der Revision nicht mehr die Gewässerschutzkompetenz, sondern die vorher in Art. 24 bis Abs. 7 und 9 geregelte Kompetenz betreffend die elektrischen Leitungen [231)]. Aus praktischen Gründen werde ich den Schutz der Gewässer vor Verunreinigung im Zusammenhang mit dem Umweltschutz behandeln. In diesem Sinn ist der Gewässerschutz im Wasserwirtschaftsartikel eigentlich nicht mehr richtig am Platz, weil er die Nutzung des Wassers zur Abfallbeseitigung nach und nach vollständig zu verbieten trachtet.

Gegenüber dem Vorschlag des Bundesrates, der im zu revidierenden Art. 24 bis BV zehn verschiedene Bundeskompetenzen aufzählte, ohne den Regelungsumfang genau zu bezeichnen, ordnete

230c) Art. 24 bis BV, angenommen in der Volksabstimmung vom 7. Dezember 1975.

230d) A.M. offenbar Ständerat Hefti, Sten Bull StR 1974, 319, Spalte rechts, der meint, auf dem Gebiete der Wasserpolizei werde "der bisherige Zustand" übernommen.

231) siehe oben 3.233, S. 129

das Parlament [232] die acht verbleibenden Punkte in zwei Gruppen ein: Abs. 1 gibt dem Bund die Grundsatzgesetzgebungskompetenz in drei Bereichen der Wassernutzung, Abs. 2 verleiht vier umfassende Kompetenzen und das Recht des Bundes, die Wassernutzung für seine Verkehrsbetriebe zu beanspruchen. Dazu kommen die ebenfalls umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung über die Schiffahrt in Art. 24 ter und die nur teilweise über die Ausübung der Fischerei in Art. 25 BV [233].

Bei der Wassernutzung hat der alte Art. 24 bis BV nur die Nutzbarmachung der Wasserkräfte als Bundeskompetenz erfasst. Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) [234] belässt als Grundsatzgesetz die Nutzung oder Erteilung von Nutzungskonzessionen den Kantonen [235]; ausgenommen davon sind internationale [236] und unter Umständen interkantonale Gewässerstrecken [237], für welche

232) Den Hauptanstoss dazu gab die vorberatende Kommission des Ständerates, nachdem der Nationalrat als Prioritätsrat zwar stark vom Vorschlag des Bundesrats abgewichen war, aber gleichwohl einen einzigen Katalog belassen hatte. Debatte im Ständerat: Sten Bull StR 1974, 318 ff.; siehe v.a. das Eintretensvotum von Kommissionspräsident Hefti, S. 318 ff.

233) Siehe zum Charakter von Art. 25 BV oben 3.1, S. 81, Anm. 3

234) vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)

235) Art. 2 und 3 WRG

236) Art. 7 WRG

237) Art. 6 WRG: Der Bundesrat entscheidet nur, wenn sich die beteiligten Kantone nicht einigen können. Die Frage, ob eine interkantonale Gewässerstrecke vorliege, war mehrere Male umstritten und Gegenstand eines Kompetenzkonfliktes, zuletzt BGE 75 I 122 Cleuson, 78 I 14 Hongrin.
Die Fussnote in der SR zu Art. 6 WRG, dass heute das Bundesgericht nach Art. 116 litt. g OG für Streitigkeiten über interkantonale Gewässer zuständig sei, scheint mir ein Versehen zu sein. Es liegt nämlich nicht ein Streit des Verhältnisses des Bundes zu den Kantonen vor, der durch den Entscheid, wer zuständig ist, geregelt werden kann (das wäre eher ein Kompetenzkonflikt, der wie die obengenannten nach Art. 83 litt. a OG beurteilt wird). Es handelt sich vielmehr um den Entscheid über die Konzessionserteilung: Aus Art. 6 Abs. 3 WRG geht klar hervor, dass der Bundesrat als Konzessionsbehörde entscheiden soll, nicht als Verwaltungsbeschwerdeinstanz.

der Bundesrat Konzessionsbehörde ist. Darüber hinaus kann der Bundesrat die Werke, die aufgrund kantonaler Konzessionen errichtet werden sollen, auf ihre Zweckmässigkeit überprüfen [238]. Dabei stellt sich die Frage, ob durch diese Prüfung die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu einer Bundesaufgabe wird. Wenn ja, ist weiter zu fragen, ob sich die Prüfung auch auf die angemessene Berücksichtigung des Landschaftsschutzes erstreckt, ob der Bundesrat verpflichtet sei, die Einhaltung von Art. 3 NHG, resp. von Art. 22 WRG [239] durchzusetzen. Wird eine der beiden Fragen verneint, so ist es alleinige Sache der Kantone, die Schonung von Naturschönheiten und Landschaften sicherzustellen. Zuerst muss aber noch geklärt werden, ob die Prüfung der Werke, "ob sie in ihrer generellen Anlage der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte entsprechen" [240], die Erteilung einer Bewilligung oder eine Aufsichtshandlung sei. Entgegen Zurbrügg und Loepfe [241] und der älteren Praxis der Bundesbehörden [242] ist eher der Ansicht von Dietrich [243] und Ruck [244] zuzustimmen, die die Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 WRG als einfache, jedoch durch das Gesetz obligatorisch angeordnete Aufsichtshandlung betrachten. Eine Planprüfungspflicht mit Bewilligungscharakter müsste das Gesetz ausdrücklich festlegen und anordnen, dass sie notwendigerweise vor

238) Art. 5 Abs. 3 WRG

239) Diese Bestimmung entspricht trotz ihres höheren Alters im wesentlichen denen des NHG. Sie dürfte für die Redaktion von Art. 24 sexies BV auch als Vorbild gedient haben.

240) Art. 5 Abs. 3 WRG

241) Zurbrügg, régime des eaux, 273 ff., Loepfe/Zurbrügg, 418: "gestützt auf das Oberaufsichtsrecht des Bundes ausgesprochene Genehmigung" (in Uebernahme der Auffassung des Bundesrates im Kreisschreiben von 1918, siehe dazu Anm. 245). Zurbrügg, régime des eaux, 278, bezeichnet allerdings die Planprüfung wiederum als Aufsichtshandlung.

242) Kreisschreiben vom 28. März 1918 (Anm. 245), VEB 1948/50 Nr. 192

243) Dietrich 42

244) Ruck 68

der Konzessionierung einzuholen sei [245]. Solange das Gesetz zulässt, dass die Kantone ohne Vorliegen von Plänen, aus welchen die Zweckmässigkeit der Nutzung schon hervorgeht, Konzessionen erteilen, kann die Genehmigung der Pläne durch den Bundesrat auch nicht konstitutives Element der Konzessionserteilung sein [246].

Eine Meinungsäusserung der Justizabteilung [247], die im übrigen offenlässt, ob Art. 5 Abs. 3 WRG eine Bewilligung oder eine Aufsichtshandlung vorsehe, betrachtet die Planprüfung nicht als Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 f. NHG. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden: Aus Art. 2 NHG geht klar hervor, dass die darin enthaltene Aufzählung von Bundesaufgaben nur beispielhaft ist. Auch die Aufsicht ist zweifellos eine Bundesaufgabe. Als Bundesaufgabe ist alles zu verstehen, was eine Bundesbehörde oder eine kantonale Behörde als ihr durch das Bundesrecht übertragene Aufgabe erfüllt. Sowohl die allgemeine Aufsicht nach Art. 102 Ziff. 2 BV wie auch besonders vorgeschriebene Aufsichtshandlungen wie die Zweckmässigkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 3 WRG fallen darunter.

Ob die Einhaltung von Art. 22 WRG im Planprüfungsverfahren durchzusetzen sei, hängt davon ab, welchen Umfang die Prüfungsbefugnis des Bundesrates hat. Zum Teil geht dies schon aus Art. 5 Abs. 3 WRG hervor, nach dem zu prüfen ist, ob die geplanten Werke "in ihrer generellen Anlage der zweckmässigen

245) Das Kreisschreiben des Bundesrates vom 28. März 1918 wies zwar die Kantone an, die Genehmigung vor der Konzessionierung einzuholen, doch war die Nichtbefolgung mit keiner Sanktion belegt. Siehe BBl 1918 I 493 ff., Zusammenfassung des Kreisschreibens bei Dietrich, 47 ff.

246) Wenn sie keine Bewilligung ist, so heisst das noch nicht, die Stellungnahme des Bundes wirke nur wie eine private Einsprache, wie dies offenbar Dietrich, 42 und Ruck, 68 annehmen.

247) VPB 1970/71 Nr. 78, insbes. E.4, S. 173 f.

Nutzbarmachung der Wasserkräfte entsprechen". Das schliesst schon zum vornherein eine Detailprüfung aus. Es ist fraglich, ob bei dieser generellen Prüfung überhaupt ersichtlich ist, ob die Naturschönheiten und das Landschaftsbild geschont werden; es können allenfalls Bedenken gegen eine Konzessionserteilung überhaupt formuliert werden. Von der systematischen Stellung des Art. 5 WRG [248] kann auch geschlossen werden, dass der Bund zu prüfen habe, ob allenfalls "Rechte des Bundes" tangiert werden [249], insbesondere ob nicht eine Bundeszuständigkeit für die Konzessionserteilung vorliegen könnte [250], die Wasserkraft für Bundeszwecke beansprucht werden sollte [251] oder ein Abflussausgleich notwendig sein könnte [252]. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob andere der Wassernutzung vorgehende Interessen des Bundes beeinträchtigt sein könnten, z.B. militärische Interessen oder die Schiffahrt. Die Praxis ist offenbar über die in Art. 5 Abs. 3 WRG geforderte Prüfung recht weit hinausgegangen [253]. Es handelt sich dabei um eine Vorwegnahme der späteren einfachen Bundesaufsicht, welche die Einhaltung des WRG auch während und nach der Erstellung der Werke überwacht. Eine Präventivaufsicht müsste eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage haben [254].

248) Art. 5 WRG steht an der Spitze der Artikel unter der Marginale "II. Rechte des Bundes" unter "B. Verfügung kraft öffentlichen Rechts I. Rechte der Kantone". II. reicht bis Art. 16, d.h. Art. 5 ist die allgemeine Bestimmung für Art. 6-16, welche in erster Linie bei der Planprüfung zu berücksichtigen sind; weitere Genehmigungskriterien, z.B. die militärischen Interessen, müssen sich aus einem zwingenden Grund aufdrängen.

249) Siehe auch VEB 1958 Nr. 107, der die Planprüfung v.a. als Sicherung der Kompetenzabgrenzung versteht.

250) Art. 6, 7 WRG, siehe dazu oben Anm. 247, S. 140.

251) Art. 12 WRG

252) Art. 15 f. WRG

253) Siehe die Darstellung bei Dietrich, 42 ff., 52 ff.

254) Aubert, Droit constitutionnel, No. 790

Die Prüfung der Belange des Natur- und Heimatschutzes im Rahmen der Planprüfung ist zwar praktiziert worden [255], aber vom im WRG vorgesehenen Zweck der Planprüfung auch bei der grundsätzlichen Annahme, dass es sich um eine Bundesaufgabe handelt, problematisch. Die Planprüfung ist nämlich nicht Selbstzweck, sondern die Beaufsichtigung einer kantonalen Aufgabe, der Nutzung der Wasserkräfte, die im wesentlichen der kantonalen Hoheit untersteht und nicht auf einer Delegation beruht. Kantonale Aufgabe ist aber auch der Natur- und Heimatschutz. Daraus darf meiner Meinung nach gefolgert werden, dass aus der Bundesaufgabe "Planprüfung" heraus nur mit grosser Zurückhaltung der kantonale Entscheid, wie dem Art. 22 WRG Nachachtung zu verschaffen sei, überprüft werden soll. Dies gilt besonders dann, wenn kantonales Landschaftsschutzrecht für das betreffende Gebiet besteht oder der Kanton mit der Konzession konkrete Auflagen verbindet.

Der Bundesrat beendet seine Planprüfung mit einer "Genehmigung", die aber mehr den Charakter einer Erklärung hat, dass dem Bau nichts entgegenstehe [256]. Der Kanton ist daran nicht derart gebunden, dass er die Konzession zwingend so erteilen muss, wie sie nach der Auffassung des Bundesrates am besten dem WRG entspricht. Wenn er Weisungen des Bundesrates nicht beachtet oder die Konzession vor der Planprüfung vorbehaltlos erteilt, so geht der Kanton lediglich das Risiko ein, dass der Bund die Ausübung der Konzession später nicht zulässt.

255) Dietrich, 62 f., VPB 1970/71 Nr. 78 (E.3, S. 173)

256) Dietrich, 40 ff. Eine Einsprache, als die Dietrich die allfällige negative Aeusserung des Bundesrates bezeichnet, ist wohl der Planprüfungsentscheid nicht. Sonst müsste die Planprüfung notwendigerweise vor der Konzessionierung erfolgen und die Einsprache in einem Verfahren behandelt und erledigt werden. Ein solches besteht nicht.

In der Regel wird es genügen, wenn der Bundesrat dem Kanton mitteilt, welche Bedenken er gegen eine Konzessionserteilung hat oder welche Auflagen er als notwendig erachtet, indem der Kanton diesen Ratschlägen freiwillig folgt. Darüber hinaus hat der Bundesrat die Möglichkeit, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 WRG "besondere Vorschriften" für bestimmte Gewässer oder Gewässerstrecken zu erlassen. Diese Befugnis muss nicht notwendigerweise mit einem laufenden Planprüfungsverfahren verbunden sein, es ist aber möglich, dass ein solches dafür auslösend wirkt. Die zu erlassenden Vorschriften beziehen sich nach der Meinung des historischen Gesetzgebers nur auf Fragen der zweckmässigen Nutzung [257], doch müssen Anordnungen kraft anderen Bundesrechts auch möglich sein; es wären hier auch Landschaftsschutzbestimmungen denkbar, wenn begründeterweise angenommen werden muss, dass der Kanton den Landschaftsschutz nicht sicherstellen werde. Die Zurückhaltung beim Eingreifen in eine "Sache des Kantons" ist hier sicherlich immer noch angebracht [258]; bei einer Rechtssetzungs- oder Verfügungsbefugnis des Bundesrates ist aber die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Natur- und Heimatschutzes als Bundesaufgabe sicher höher einzustufen als bei einer blossen Aufsichtsbefugnis.

In einer generelleren Form wäre es auch möglich, dass der Bundesrat gestützt auf seine Verordnungskompetenz aus Art. 5 Abs. 1 WRG Regeln für die Konzessionierungspraxis aufstellt, die Art. 22 WRG konkretisieren. Damit würde meinem Postulat nachgekommen, wonach der Gesetzgeber wie der Verordnungsgeber dazu aufgerufen sind, den Landschaftsschutz in die Rechtssetzung einzubeziehen.

257) Zusammengefasst bei Dietrich, 35 f.
258) Siehe dazu oben S. 144

Noch wirksamer und wegen der nicht ganz eindeutigen Auslegung des Art. 5 WRG und seiner Verbindung zu Art. 22 WRG auch klärend wäre die Aufnahme von Landschaftsschutzgrundsätzen in das WRG, die den neben dem NHG gegenstandslosen Art. 22 WRG konkretisieren. Eine Anpassung des WRG an die heutige Situation, dass die wirtschaftlich lohnenden Wasserkräfte schon durchwegs genutzt werden, muss irgendwann kommen, denn das Gesetz muss sich eingehender der Konzessionserneuerung und weniger dringend der Konzessionserteilung annehmen.

Ein anderer Ansatzpunkt zur Verhinderung eines Wasserwerkes bietet sich dem Bund noch aus Art. 15 f. NHG, sofern ein Objekt von nationaler Bedeutung bedroht ist. In diesen Fällen tritt das Interesse des Kantons an einer ungehinderten Kompetenzausübung neben der gesamtschweizerischen Bedeutung des Objektes zurück. Der Bundesrat kann eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 16 NHG treffen oder das Gebiet nach Art. 15 NHG erwerben. In diesem Fall müsste der Bund wahrscheinlich auch die Ablösung der nichtnutzbaren Konzession übernehmen, währenddem bei Erlassen oder Verfügungen nach Art. 5 Abs. 1 und 2 WRG keine Enteignung durch den Bund vorläge. Die Kostenfolge für den Kanton dürfte aber auch angenommen werden, wenn der Bund Massnahmen nach Art. 15 f. NHG erst trifft, nachdem er den Kanton bei der Planprüfung darauf aufmerksam gemacht hat, dieser jedoch ohne Berücksichtigung der Bedenken des Bundes die Konzession gleichwohl erteilt.

Wie hat der Bund demnach seine Verpflichtung gegenüber dem Natur- und Heimatschutz bei der Konzessionierung von Wasserkraftwerken wahrzunehmen?

1. Droht einem Objekt von nationaler Bedeutung durch eine Wassernutzungskonzession Gefahr, so hat der Bundesrat die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 16 NHG anzuordnen und dabei als "nötige Sicherung" eine noch nicht vorgenommene Konzessionierung zu untersagen.

2. Sind Objekte von nicht nationaler Bedeutung von einer Beeinträchtigung bedroht, so hat der Bundesrat seine Bedenken der Kantonsregierung mitzuteilen. Er nennt die Auflagen, die er machen müsste, falls er Konzessionsbehörde wäre, oder die Gründe, die gegen eine Verleihung der Konzession sprechen.

3. Der Bundesrat kann gestützt auf Art. 5 Abs. 2 WRG für bestimmte Gewässer oder Gewässerstrecken besondere Landschaftsschutzvorschriften erlassen oder gestützt auf Art. 5 Abs. 1 WRG allgemeine Konzessionierungsgrundsätze aufstellen.

4. Die Bundesversammlung kann in Ausübung ihrer Grundsatzkompetenz weitere konkrete Grundsätze zuhanden der kantonalen Konzessionierungsbehörden erlassen, wie diese dem Landschaftsschutz Rechnung zu tragen haben (Revision des WRG).

Obwohl mindestens die Punkte 1-3 sich aus den Verpflichtungen des Bundes nach WRG und NHG ergeben, sind mir keine entsprechenden Fälle bekannt. Nachdem die unter wirtschaftlich vertretbarem Aufwand nutzbaren Wasserkräfte heute in der ganzen Schweiz verliehen sind, würde sich eine Erfassung auf Gesetzesstufe aufdrängen, die bei Erneuerung von Konzessionen den Landschaftsschutz verbessern; soweit die Massnahmen nicht die nutzbare Wassermenge verringern, könnten sie möglicherweise schon während der laufenden Konzessionsdauer angeordnet werden.

Es liegt auf der Hand, dass die ziemlich unklare Lage der Aufgabenverteilung dem Landschaftsschutz nicht förderlich ist. Die Speicherwerke bilden die Hauptbeeinträchtigung. Die Anlage einer Staumauer und der Stausee können zwar auch eine Bereicherung des Landschaftsbildes darstellen, doch ist auch der Zustand bei fast entleertem See einzubeziehen. Zu diesem Zeitpunkt sind v.a. die tiefer gelegenen Stauseen ausgesprochen hässlich.

Neu im Art. 24 bis BV erscheint in Abs. 2 litt. a die Kompetenz zur Sicherung einer angemessenen Restwassermenge. Die Gefahr der Austrocknung von Flussläufen war auch ein Hauptanliegen der Kraftwerkgegner aus Naturschutzkreisen. Möglicherweise hätte der Bundesrat schon nach dem bisherigen Rechtszustand gestützt auf Art. 23 WRG das Restwasser bestimmen können, denn der Schutz der Fischerei erfordert auch Wasser, in welchem die Fische leben können. Damit hätte sich allerdings der Bundesrat an der Grenze seiner Verordnungskompetenz bewegt. Die Erhöhung bestehender Restwassermengen, die heute der Bundesgesetzgeber anordnen kann, dürfte an verschiedenen Orten auf Schwierigkeiten stossen, weil noch laufende Konzessionen geschmälert würden [259].

Die Verwendung des Wassers zu Kühlzwecken ist durch die enormen Mengen nicht nutzbarer Abwärme in Kernkraftwerken zu einem dringenden Problem geworden. Mangels einer weitergehenden Bundeskompetenz wurde das einzuleitende Kühlwasser als Abwasser betrachtet, welches als "thermische Verschmutzung" [260] unter die Gewässerschutzkompetenz des Bundes fiel. In Ausübung seiner Oberaufsicht erliess der Bundesrat am 5. März 1971 ein Verbot weiterer direkter Flusswasserkühlung bei Kernkraftwerken [261], was zur Notwendigkeit der Kühltürme führte, die vom Landschaftsschutz aus bedenklich sind. Mit den Kühltürmen bezieht ein Kernkraftwerk jedoch weiterhin beträchtliche Wassermengen für Kühlzwecke [262], es wird damit lediglich die Erwärmung der natürlichen Wasserläufe umgangen. Bis zum Erlass von Ausführungsvorschriften zu Art. 24 bis Abs. 1 litt. b in fine BV wird weiterhin die im Atomgesetz nicht vorgesehene Kühlturmkommission über die Kühlung bei Kernkraftwerken entscheiden; es wäre daneben auch möglich, die neue Bundeskompetenz

259) Art. 43 WRG

260) Fischer, 98

261) zit. nach Fischer, 90

262) Siehe die Angaben bei Fischer, 98.

im Zusammenhang mit der Totalrevision des AtG wahrzunehmen, was allerdings schwerlich mit der blossen Grundsatzgesetzgebungskompetenz von Art. 24 bis Abs. 1 litt. b BV vereinbar wäre. Deshalb wird es wohl einen besonderen Erlass brauchen, in dem die Kantone zwar einen eigenen Gesetzgebungsspielraum zuerkannt bekommen, ihnen aber gleichzeitig der Hauptfall, die Kühlung der Kernkraftwerke, zugunsten eines reinen Bundesverfahrens entzogen wird. Das zeigt, dass in der Revision von Art. 24 bis BV eindeutig die Benutzung von Wasser für Kühlzwecke in die umfassenden Bundeskompetenzen hätte eingeordnet werden sollen, weil eine sinnvolle kantonale Kompetenz kaum mehr besteht, wenn der Hauptfall, der geregelt werden muss, aufgrund einer andern Kompetenz Bundessache ist.

Die Nutzung der Gewässer für Schiffahrtszwecke ist heute in der Schweiz nur unbedeutend. Die Freizeitschiffahrt bildet für die Landschaft wahrscheinlich keine erhebliche Gefahr, und die auf dem Wasser transportierten Güter bilden kaum Umweltgefahren [263]. Sollte die Binnenschiffahrt dagegen gesteigert werden, z.B. durch den Ausbau der Aare bis Yverdon, müsste dem Landschaftsschutz, insbesondere dem Schutz der Ufervegetation und der Standortwahl von Schleusen- und Hafenanlagen, grosse Beachtung geschenkt werden.

Die zum Schutze der Fischerei getroffenen Massnahmen wirken sich zu einem grossen Teil günstig auf die Landschaft aus. So ist der Verzicht auf das Ausbetonieren von Bachbetten, auf eine völlig lineare Korrektion von Flussläufen, der für die Erhaltung des Fischbestandes notwendig ist, meist auch ein Gewinn für die Landschaft [264]. Art. 21 des Fischereigesetzes von 1888 und die gestützt darauf erlassenen Spezialverordnungen waren

263) Dazu besteht eine eingehende Regelung der Sicherheit, die eine Schädigung der Landschaft auch bei Unfällen verhindern sollte. Siehe Verordnung über die konzessions- und bewilligungspflichtige Schiffahrt vom 20. April 1976, AS 1976, 1179.

264) Siehe z.B. Korrektion der Glatt, BBl 1976 II 777 ff., 780: Zur Sicherung einer genügenden Restwassermenge werden kleinere Wasserkraftanlagen aufgehoben.

eine erste Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes [265], die sich jedoch leider in der Rechtswirklichkeit nicht durchsetzen konnte.

Die umfassenden Kompetenzen des Bundes im Bereiche des Wassers befassen sich mit dem Wasserbau in einem weit verstandenen Sinn [266]. Verbauungen und Korrektionen werden nach dem bisherigen Recht als öffentliche Werke im Sinne des Art. 23 BV konzipiert, wenn es sich um grosse Projekte, v.a. Seekorrektionen handelt. Das Wasserbaupolizeigesetz [267] regelt v.a. die Unterstützung der Wildwasserverbauungen und anderer Gewässerverbauungen der Kantone durch Bundesbeiträge. Mit der Unterstützung anderer als Wildbachverbauungen durch den Bund unterwerfen sich die Kantone einer Oberaufsicht des Bundes [268], der sonst nur die Gewässer im Wildwassergebiet unterstehen [269]. Es sind mir keine Fälle bekannt, in denen daraus Anstände zwischen Bund und Kantonen entstanden wären. Die Unterstützung der Verbauungen und Korrektionen durch Subventionen bedeutet, dass damit die Werke eine Bundesaufgabe nach Art. 2 litt. c NHG sind und der Berücksichtigungspflicht unterstehen. Der konkrete Berücksichtigungsspielraum dürfte sich wohl auf eine möglichst unauffällige Gestaltung reduzieren, weil der Standort und die Dimensionierung der Verbauungen weitgehend durch das zu korrigierende Wasser bestimmt werden [270].

265) Siehe dazu Schindler, 414 ff.

266) Die ebenfalls umfassende Kompetenz zum Gewässerschutz wird wie oben erwähnt beim Umweltschutz behandelt.

267) vom 22. Juni 1877, SR 721.10

268) Art. 3 Wasserbaupolizeigesetz

269) Art. 1 Wasserbaupolizeigesetz

270) Im Unterland gibt es allerdings die Möglichkeit, alte Wasserläufe, die nach der Korrektur nicht mehr für das Fliesswasser benötigt werden, als Naturschutzgebiete mit stehendem Wasser zu belassen; z.B. die alte Aare zwischen Aarberg und Solothurn, Wasserarme und Teiche bei Hochfelden nach der Glatt-Korrektur (BBl 1976 II 782).

Gestützt auf den 1953 eingefügten Art. 3 bis Wasserbaupolizeigesetz wurde die sog. Talsperrenverordnung [271] erlassen. Demnach sind Bauprojekte für Talsperren [272] der Oberaufsichtsbehörde, dem EDI, zur Genehmigung vorzulegen [273]. Eine besondere Berücksichtigungspflicht für den Landschaftsschutz ist nicht vorgesehen. Es handelt sich hier wieder um einen Fall, in dem eine nach ausschliesslich technischen Gesichtspunkten konzipierte Ueberprüfung nachträglich von der Berücksichtigungspflicht des NHG überlagert wird, weil die Bewilligung eindeutig eine Bundesaufgabe ist. Weil erst nach der rechtskräftigen kantonalen Konzessionserteilung um die Bewilligung nachgesucht wird, können wiederum Schwierigkeiten mit den Kantonen entstehen, die auch den Natur- und Heimatschutz wahrzunehmen haben. Es ist deshalb nur in ausserordentlichen Fällen an die Nichterteilung einer Bewilligung aus Landschaftsschutzgründen zu denken, es dürften dieselben Grundsätze gelten wie bei der Konzessionierung nach WRG [274].

3.235 Militärische Anlagen und Tätigkeiten

Die "Gesetzgebung über das Heerwesen" ist ausschliessliche Bundessache [275]. Art. 164 Abs. 3 MO [276] befreit den Bund für "die Ausführung von Arbeiten, die der Landesverteidigung dienen", von jeder kantonalen Gebühr oder Bewilligung. Dies bedeutet vorerst nur eine Befreiung des Bundes von allem formellen kantonalen Recht und überlässt es dem pflichtgemässen Verhalten der Militärorgane, ob das kantonale Recht einzuhalten ist oder nicht. Der Sonderfall der Gebäude wird im Zusammenhang mit andern Bundesbauten behandelt [277].

271) vom 9. Juli 1957 (SR 721.102)

272) Begriff der Talsperre Art. 1 TalsperrenVo

273) Art. 5 TalsperrenVo

274) Siehe oben S. 142 ff.

275) Art. 20 BV

276) Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907 (SR 510.10)

277) Siehe unten 3.331, S. 172 ff.

Sind bei der Einrichtung von Schiessständen und -plätzen sowie bei der Abhaltung von Uebungen kantonale Landschaftsschutzvorschriften einzuhalten?

Schiessstände sind hässliche Erdaufschüttungen. Die Gemeinden sind verpflichtet, zur Erfüllung der ausserdienstlichen Schiesspflicht solche einzurichten [278], bisweilen wird auch der Bund selber als Bauherr für seine Schulen und Kurse auftreten. Soweit es die von der Sicherheit geforderten Vorschriften und die immer kleiner werdende Zahl von Oertlichkeiten, bei welchen der Schiessstand keine Lärmimmissionen für Wohngebiete bedeutet [279], möglich machen, ist zumutbar, den Schutzzweck kantonaler Landschaftsschutzbestimmungen einzuhalten und daneben die verunstaltende Wirkung der Anlage möglichst klein zu halten.

Bei der Durchführung militärischer Uebungen ist ebenfalls der Schutzzweck kantonaler Bestimmungen einzuhalten. Grabarbeiten in Naturschutzgebieten anlässlich von Manövern dürften m.E. unerlaubt sein, hier drängt sich zwingend auf, die betreffende Waffenstellung usw. nur zu markieren und ausserhalb des Schutzgebietes auszuführen. In Friedenszeiten ist eine solche Einschränkung absolut zumutbar, im Kriegsfall fehlt allerdings ein dem Kulturgüterschutz entsprechender Naturschutz.

Entsprechendes gilt für Schiessübungen, obwohl die ausgedehnten Schutzgebiete im Alpenraum nicht immer gemieden werden können. Der Schutzzweck ist in allen Fällen zu gewährleisten. Aus eigener Erfahrung weiss ich, dass in Gebieten, in welchen sogenannte Schiessplatzkarten die erlaubten Stellungs- und Zielräume festlegen, neben den Gefahren der Erosion und der Vermeidung

278) Art. 124 MO

279) Siehe z.B. im "Bericht über ... die Waffen-, Schiess- und Uebungsplätze der Armee" BBl 1976 III 390 ff., 398.

des Waldschadens auch der Schutz der Landschaft berücksichtigt ist. An die Anordnungen auf diesen Karten ist die Truppe gebunden.

Bei der Anlage von Feldbefestigungen für den Kriegsfall und von Festungswerken kann oft aus taktischen Gründen der Landschaftsschutz nicht berücksichtigt werden. Die hässlichen Tanksperren aus der Zeit des zweiten Weltkrieges werden heute zum Teil schon wieder entfernt, und bei neueren Anlagen wirkt v.a. die Tarnung landschaftsschützend, indem der optische Eindruck entfällt oder herabgemindert wird.

3.3 Raumordnung und Baurecht

3.31 Die Raumplanungskompetenz des Bundes

Art. 22 quater BV überträgt dem Bund die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung auf dem Gebiete der Raumplanung. Der Begriff der Raumplanung [280] wurde erst in den parlamentarischen Beratungen des Raumplanungsartikels anstelle der Formulierung "Schaffung von Zonenordnungen" eingeführt [281]. Die Prägung eines neuen Begriffes zusammen mit einer neuen Norm ist dann sinnvoll, wenn damit eine klarere Umschreibung erreicht wird, welche die Kompetenz eindeutig abgrenzt. Dies ist mit dem Begriff der Raumplanung kaum der Fall. Es muss eher vermutet werden, dass ein unklarerer Begriff zur Erzielung eines Kompromisses dienen musste.

Es sind zwei Bereiche dem Raumplanungsbegriff zuzuordnen:

1. Der Planungsvorgang
2. Das Planungsziel, die Raumordnung

280) Begriffsbestimmungen finden sich z.B. in Landesplanerische Leitbilder, 11, bei Lendi, Planungsrecht, 68 ff., Werner, 2 ff., 7, Imholz, Aspekte, 41.

281) Siehe Sten Bull StR 1968, 290, Zusammenfassung der Entstehung von Art. 22 quater BV bei Aubert/Jagmetti, 135 ff., Werner, 28 ff., Wehinger, 98 ff.

Der erste Bereich ist relativ unbestritten [282]. Der planerische Bereich ist kompetenzmässig klar verteilt: Der Bund stellt Grundsätze auf, die sich an die planenden Kantone richten. Wie die Kompetenz benannt wird, ist eher eine Stilübung als von rechtlicher Relevanz, weil das Hauptgewicht der Auseinandersetzung, was Gehalt und Umfang der Bundeskompetenz seien, auf den Begriff des Grundsatzes verlegt wird. Aus dem deutschen Verfassungstext geht nicht klar hervor, wie weit der Raumplanungsbegriff die Regelung des zu erzielenden Ergebnisses einbezieht [283]. Ist dadurch, dass die Raumplanung dem Ziel "der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedelung des Landes" zu dienen hat, eine nähere Umschreibung der zu schaffenden Raumordnung nicht mehr Gegenstand des Begriffes der Raumplanung? Dies kann vernünftigerweise nicht behauptet werden, denn ohne die Möglichkeit, das Planungsziel im Zusammenhang mit dem vorgezeichneten Planungsverfahren zu umschreiben, könnte auch die Verfahrensregelung nicht Rechtscharakter erhalten. Umgekehrt könnte aber mit einer eindeutigen Zielumschreibung die eingehende Umschreibung des Verfahrens vernachlässigt werden [284].

282) Auf ihn beziehen sich eigentlich alle Definitionsversuche: bei den Autoren, welche zwischen planerischem und verfassungsrechtlichem Begriff unterscheiden, meinen beide Bereiche den Planungsvorgang: Der planerische betrifft das technische Verfahren, der verfassungsrechtliche die Normierung des Verfahrens. Z.B. Werner, 7.

283) Dagegen betont die französische Fassung "édicte ... des principes applicables aux plans d'aménagements" deutlich, dass es um die Grundsätze für die Nutzungspläne, d.h. die Nutzungsordnung, geht.

284) Eine Bestimmung wie "Die Bauzone darf höchstens so gross sein, dass sie einen Bevölkerungszuwachs von jeweils 10 % erlaubt" könnte in Verbindung mit einer Frist, in welcher die Redimensionierung vorzunehmen ist, alle Verfahrensbestimmungen ersetzen. Sie würde indirekt die Kantone zu einer sofortigen Abschliessung des umbauten Raumes nach aussen und zur blossen Füllung von noch bestehenden Baulücken zwingen und zugleich eine in kurzen Perioden aufeinanderfolgende Anpassung des Zonenplanes in sich entwickelnden Gebieten führen.
Es ist klar, dass ein solcher Planungsentscheid auf Bundesebene weder realisierbar noch wünschbar ist, weil er in seiner Starrheit dem Entwicklungsmoment der Planung widerspricht und gar nicht so klar wäre, wie er scheint (Nichtberücksichtigung des sich vergrössernden Wohnraumbedarfs pro Person und der Nicht-Wohnnutzung).

Die Raumplanungsgesetzgebung muss demzufolge aus einer ausgewogenen "Mischung" von Normen bestehen, die zum einen den Planungsvorgang steuern und seine Kontrolle ermöglichen und zum andern den Zielrahmen festlegen [285], damit die Kantone ihre Handlungen und der Bund seine Kontrolle an etwas Bewertbarem ausrichten können.

Nach der Art der Umschreibung ist die Raumplanung in erster Linie ein Querschnittproblem mit der Zielsetzung, der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes zu dienen. Verlässt man den engen Blickwinkel der Bundeskompetenz, so erscheint die Raumordnung auch als ein Sachgebiet, das die Planung und Ausübung der Bodennutzung umfasst. Raumordnung in diesem Sinn ist weitgehend eine kantonale Kompetenz. Zu einer Zeit, als die bauliche Nutzung nur wenigen öffentlichrechtlichen Beschränkungen unterlag, ergaben sich auch wenige Anwendungsschwierigkeiten aus der Kompetenzkumulation zwischen der Beanspruchung des Bodens für eine Bundesaufgabe und der kantonalen Kompetenz. Diese Situation änderte sich nach der Ausscheidung von Baugebiet und Nichtbaugebiet in den Kantonen: Die Planung der Bodennutzung schaffte Konflikte mit den Bundesaufgaben. Eine Nationalstrasse, die ein rechtskräftiges Baugebiet durchquert, zerstört hohe Verkehrswerte, entweder durch eine Minderung der Wohnqualität oder der noch zu realisierenden Ueberbauungschance. Sie durchkreuzt auch den Zweck der kommunalen Nutzungsordnung. Die Raumplanung erscheint in der Folge als neues Kompetenzausscheidungskriterium, das als Querschnittproblem zahlreiche bisherige Sachaufgaben von Bund und Kantonen überlagert.

285) Zielbestimmungen sind nicht mit Zielvorstellungen gleichzusetzen, wie das oft unausgesprochen gemacht wird. Ziele können als Minimalforderungen, qualitative Umschreibungen oder optimale Messwerte usw. umschrieben werden; sie sind auch quantifizierbar.

Die Raumplanungskompetenz könnte aber ebensogut als Ausschnitt aus dem Sachgebiet "Raumordnung und Baurecht" [286] betrachtet werden [287]. Weil sich schweizerische Lehre und Praxis bisher kaum mit rechtlichen Konsequenzen aus der verschiedenartigen Kompetenzumschreibung befasst haben, spielt die Bezeichnung entweder als Querschnittproblem oder als Sachgebietsausschnitt nicht eine entscheidende Rolle [288].

Von einer gewissen Bedeutung ist aber das Verständnis von "Raumordnung und Baurecht" als Sachgebiet, wenn es in andere Teilgebiete [289] neben der "Raumplanung" untergliedert wird:

286) Ich verlasse hier den oben verwendeten Begriff der "Regelung baulicher Bodennutzung", weil dieser vor einigen Jahrzehnten zwar zutreffender war, weil nur die bauliche Nutzung weitergehend normiert wurde, währenddem heute alle verschiedenen Nutzungsarten begrifflich eingeschlossen werden müssen.

287) Das würde wohl der Auffassung Gygis, Rechtssetzungszuständigkeit, 343 ff. II. und III., entsprechen, der allerdings mit der Zivilrechtskompetenz argumentiert.

288) Eine Ausnahme davon bildet Gygi, Rechtssetzungszuständigkeit, der sich aber gerade gegen eine unterschiedliche Betrachtungsweise der verschiedenen Kompetenzarten wendet. Meine Beurteilung der Kompetenzkumulation tendiert auch auf eine unterschiedliche Beurteilung nur nach dem Grad der Regelungsbefugnis und nicht nach der Art der Umschreibung. Die verschiedenen Umschreibungsarten sind nur der Grund für die Entstehung zahlreicher Kompetenzkumulationen, geben jedoch keine Beurteilungskriterien. Siehe dazu oben 2.62, S. 55 ff.

289) Ein Querschnittproblem in Teilgebiete aufzugliedern, ist recht schwierig, einerseits, weil damit dem "geometrischen Bild" Zwang angetan wird, andererseits würde damit auch der übergreifende Charakter möglicherweise verlassen und für die verschiedenen vom Querschnitt "angeschnittenen" Sachbereiche Teilziele herausgegriffen, die nur noch für das eine Sachgebiet eine Aussage machen. So betrachtet wäre eine Querschnittkompetenz eine nicht abgeschlossene Summe von teilweisen Sachkompetenzen.

Es können dann die Baupolizei [290], die Bau- und Siedlungsgestaltung und die Landschaftsgestaltung als weitere, damit möglicherweise nicht abschliessend aufgezählte Teilgebiete genannt werden. Die Raumplanung würde demnach die verschiedenen Nutzungszonen abgrenzen und die überlokalen Aufgaben örtlich zuordnen und in diesem Sinn die Vorstufe für die rechtliche Normierung der Bau- und Landschaftsgestaltung im Rahmen der erlaubten Nutzung bilden, welche ihrerseits wieder den weiteren Rahmen für die detaillierten Gestaltungs- und Polizeivorschriften darstellen. Dieses nicht weiter zu entwickelnde Modell soll nur aufzeigen, dass der Landschaftsschutz auch ein Teil der Raumordnung ist. Die Bezeichnung als "Landschaftsgestaltung" statt als "Schutz" [291] soll nur aufzeigen, dass nicht bloss die Regelungstechnik mittels "Schutzbestimmungen", sondern auch andersartige Einwirkung des Gemeinwesens denkbar ist, wie sich auch die Siedlungsgestaltung nicht ausschliesslich auf Nutzungspläne und Baureglemente beziehen muss, sondern z.B. auch durch Mitarbeit der Gemeinde an Planungen privater Bauherren erreicht werden kann [292].

Landschaftsschutz ist bei dieser Betrachtungsweise nicht nur ein Teil des Natur- und Heimatschutzes oder sogar mit diesem gleichzusetzen, sondern er ist ebenso ein Teilbereich der Raumordnung [293]. Er verliert damit seine Konturen als blosse Abwehr von Zivilisationseingriffen, wie er als Synonymbegriff zu Natur- und Heimatschutz bisweilen verstanden wird, und

290) Ich verwende hier Baupolizei in einem engen Sinn der Gefahrenabwehr. In kantonalen Baugesetzen finden sich viele nicht mehr polizeilich begründbare "Baupolizeivorschriften", die in Wirklichkeit Gestaltungsvorschriften sind. Art. 22 ter BV verweist die Eigentumsbeschränkungen auf polizeiliche Massnahmen, wie das bis vor kurzem die Praxis zu Art. 31 Abs. 2 BV tat (aufgegeben in BGE 97 I 499, 505, E.4 c), sondern verlangt nur ein öffentliches Interesse. Deshalb sind auch kantonale oder kommunale Gestaltungsvorschriften im Rahmen der Verhältnismässigkeit mit Art. 22 ter BV vereinbar, vorbehältlich einer allfälligen Entschädigungspflicht.

291) Siehe dazu oben 1.22, S. 12 ff.

292) Z.B. bei der Ausarbeitung von Ueberbauungs- und Gestaltungsplänen (nach der Terminologie des BE BauG)

293) So auch Imholz, Aspekte, 41.

wird ausgeweitet zu einer aktiveren Beeinflussung der Landschaft, welche sich neben den Räumen, in denen Mensch und Zivilisation ferngehalten werden sollen, auch der Eingliederung von Zivilisationserscheinungen und technischer Anlagen in die Landschaft annimmt. Unter diesem Aspekt ist der Naturschutz nicht mehr "in kaum versöhnlichem Widerspruch" zum sogenannten Erholungszweck [294], sondern die Landschaft dient dem Menschen und bietet ihm Freiräume, statt solche vor dem Menschen zu schaffen. Dieser neue Landschaftsschutzgesichtspunkt lässt sich auch unter einem weit verstandenen Natur- und Heimatschutzbegriff verwirklichen, von dem aber zu diesem Zweck Querverbindungen zu den Raumordnungs- und Baurechtskompetenzen hergestellt werden müssen. Diese immer wichtiger werdende Verknüpfung verschiedener Einzelkompetenzen im Rahmen der gesamten Staatstätigkeit bringt nicht nur eine Effektivierung staatlichen Handelns mit sich, sondern schafft durch neu auftretende Kompetenzkumulationen auch Spannungslagen, die der Rechtsverwirklichung hinderlich sein können [295].

Problematisch ist daneben die in Art. 22 quater BV enthaltene Kompetenzumschreibung als Staatsprogramm [296]. Derartigen Zielbestimmungen [297] wird entgegengehalten, dass ihnen die Bestimmtheit fehle, "weil der Wortlaut solcher Zielsetzungen keine Grenzfunktion ausübt" und "diese Zuständigkeiten des Bundes ... sich allzu leicht mit den sachbestimmten Zuständig-

294) So Sommer, 5.

295) Das zeigen die Schwierigkeiten beim gescheiterten Raumplanungsgesetz und beim nach der Vernehmlassung wieder "zurückgezogenen" Vorentwurf vom 18. Dezember 1973 für ein Umweltschutzgesetz. Ein weiteres Indiz ist auch die Schwierigkeit der Verwirklichung des Natur- und Heimatschutzes gegenüber den Bundesaufgaben und in den Kantonen gegenüber kantonalen Vorhaben.

296) Nach der Terminologie von Hangartner, Kompetenzverteilung.

297) Ulrich Scheuner nennt solche Normen Staatszielbestimmungen (in FS E. Forsthoff, München 1972, 325 ff.) und grenzt sie gegen blosse Programmsätze ab. Art. 22 quater muss zweifellos als verbindlicher Gesetzgebungsauftrag verstanden werden. Siehe dazu auch J.P. Müller, Sozialrechte, 753 f.

keiten der Kantone überschneiden und diese aushöhlen" [298]. Für den Bundesgesetzgeber ergibt sich in diesem Spannungsfeld folgendes: Auf der einen Seite hat er die verbindliche Pflicht, etwas zu tun, auf der andern Seite soll er sich auf das unbedingt Notwendige beschränken und den Kantonen überlassen, was sie selbst regeln können.

Als Grundsatzkompetenz begrenzt das Gutachten Aubert-Jagmetti die Raumplanungsgesetzgebung des Bundes in drei Richtungen:

1. Der Bund darf keine Detailvorschriften aufstellen [299]. Diese Aussage ist vom Begriff der Grundsatzgesetzgebung her richtig, jedoch kaum praktikabel, denn was von grundsätzlicher Bedeutung ist und was als "Detail" bezeichnet werden muss, ist kaum auseinanderzuhalten. Jede im Parlament vorgeschlagene Norm wird vom Antragsteller als Grundsatz hingestellt, und als Argument kann gegen diesen Vorschlag sinnvoll nur vorgebracht werden, er sei sachlich unzutreffend oder nicht notwendig, aber kaum mit Erfolg, es handle sich um eine Detailvorschrift.

2. Unmittelbar raumwirksame Massnahmen des Bundes seien unvereinbar mit Art. 22 quater BV [300]. Diese Behauptung, auf Aeusserungen bei der Beratung des Verfassungsartikels gründend, würde gegenüber der übrigen Grundsatzgesetzgebung eine Neuerung bringen. Die Grundsatzgesetzgebung als solche schliesst den Erlass unmittelbar verbindlicher Vorschriften nicht aus [301]; auch Grundsätze können eine Bindungswirkung für Privatpersonen oder öffentlichrechtliche Körperschaften innerhalb des Kantons entfalten [302]. Dies bedeutet, dass

298) Huber, Formenreichtum der Verfassung, 189

299) Aubert-Jagmetti, 147, Ziff. 31, 148, Ziff. 34; Lendi, Planungsrecht, 71

300) Aubert-Jagmetti, 148, Ziff. 34, ebenso Werner, 48; a.M. Lendi, Planungsrecht, 71 und Imholz, Aspekte, 42.

301) Fleiner/Giacometti, 91, Hangartner, Kompetenzverteilung, 179, Aubert-Jagmetti, 147, Ziff. 31 in fine

302) Als Beispiel sei nur das Walderhaltungsgebot von Art. 31 FPG genannt.

mit Normen der Raumplanung, die als Adressaten nicht allein den Kanton als Planungsträger haben, auch die unmittelbare Wirksamkeit verbunden wird [303]; etwas rechtlich "Verbindliches" verlangt einen Konkretisierungsgrad, welcher direkter Anwendung offen ist. Hafner [304] geht sogar weiter und behauptet: "Raumplanerische Grundsätze haben nur einen Sinn, wenn sie in einer Weise formuliert und konkretisiert sind, dass sie sich direkt raumgestaltend auswirken". Der Autor geht dabei wohl von einem andern Begriff der Raumgestaltung aus als die von ihm kritisierten Gutachter: Diese verstehen ihre Schranke möglicherweise nur so, dass der Bund nicht räumlich (= geographisch) bezogen die Planung der Kantone vorwegnehmen dürfe, währenddem die Vorschrift, welche Zonenarten die Kantone auszuscheiden haben werden, nicht unmittelbar raumgestaltend wirke [305].

Schaumann [306] schränkt die Bundeskompetenz noch stärker ein als Aubert/Jagmetti: Er sieht die Einengung des sonst üblichen Umfanges der Grundsatzgesetzgebung darin, dass

303) So auch Lendi, Materielle Grundsätze, 5, derselbe, Umweltschutzrecht, 145 f.

304) Hafner, 41

305) Sobald aber eine abstrakte Umschreibung ohne weitere planende Arbeit direkt auf Plänen übertragbar ist, muss nach jeder Auffassung eine unmittelbare Raumwirksamkeit bejaht werden. Deshalb lehnten Aubert/Jagmetti, 519, insbes. Ziff. 72, die Zuweisung der "Fluss- und Seeufer" zu den Schutzgebieten als verfassungswidrig ab. Sie übersahen, dass ohne Angabe der Breite des Uferstreifens zwar in dem Sinne eine unmittelbare Anwendbarkeit gegeben war, dass ein konkretes Projekt vor der Zonenausscheidung durch die Kantone eventuell schon als gesetzwidrig hätte bezeichnet werden können, weil auch durch Auslegung die Zugehörigkeit zum geschützten Uferstreifen eindeutig festgestanden wäre. Eine Planung durch die Kantone hätte jedoch erst die "Fluss- und Seeufer" genügend konkretisiert; so z.B. beim BMR; siehe z.B. VPB 1976 Nr. 80 und 81.

306) Schaumann, Auslegung, 18, 19; übernommen von Werner, 58 f., 61, 66 f.

die Grundsätze des Bundes die "durch die Kantone zu schaffende ... Raumplanung" [307] betreffen und wertet damit Art. 22 quater Abs. 1 BV als eine blosse Richtlinienkompetenz; allerdings sollen die zu erlassenden Richtlinien für die Kantone verbindlich sein. Dieses Ergebnis beruht auf einer einseitigen Betrachtung des mehrdeutigen Begriffes der Raumplanung [308]: Er umfasst nicht nur den Planungsvorgang - hier wendet sich der Bund eindeutig nur an die Kantone, nicht aber an Private und an öffentlichrechtliche Körperschaften - sondern es wird mit dem gleichen Begriff auch das Planungsergebnis, die Raumordnung, umschrieben, die sowohl durch direkt anwendbare Normen, z.B. die Beschränkung der Baumöglichkeiten ausserhalb rechtskräftig ausgeschiedener Bauzonen, als auch durch die aus dem Planungsvorgang hervorgehende Zonenordnung bestimmt wird. Der Bund soll sinnvollerweise nicht in die räumliche Festlegung der einzelnen Zonen eingreifen, es ist aber nicht einzusehen, weshalb sich die direkt anwendbaren Normen nur in der kantonalen Ausführungsgesetzgebung und nicht auch in den Grundsätzen des Bundes finden dürfen [309]. Hätte der Verfassungsgeber wirklich eine neuartige Kompetenz begründen wollen, eine Art von beschränkter Grundsatzgesetzgebung, müsste sich das im Wortlaut von Art. 22 quater BV klarer niedergeschlagen haben,

307) Art. 22 quater Abs. 1 BV

308) Schaumann, Auslegung, 18, weist ebenfalls auf diese Mehrdeutigkeit hin, zieht aber daraus keine konkreten Schlüsse, ausser dass "die Raumordnung oder Raumgestaltung" ebenfalls zum Begriff Raumplanung gehöre.

309) Diese Auffassung hat sich jedenfalls im Parlament bei der Ausarbeitung des RPG - zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen - durchgesetzt, denn mehrere Artikel wären der direkten Anwendung zugänglich gewesen, z.B. wäre m.E. die Baumöglichkeit im Forstgebiet und im übrigen Gebiet sofort bei Inkrafttreten des RPG auf die Möglichkeiten gemäss Art. 29 reduziert worden, weil beide Gebiete aus Kriterien der Nutzung und Eignung direkt festgelegt werden können, also nicht einer planerischen Ausscheidung wie die Abgrenzung von Landwirtschafts- und Siedlungsgebiet bedürfen.

z.B. durch die Formulierung "Der Bund erlässt Grundsätze für die 'ausschliesslich' von den Kantonen zu schaffende Raumplanung". Dass das Parlament während den Beratungen von den vorgesehenen "allgemeinen Vorschriften" des Bundes zu den "Grundsätzen" zurückgekehrt ist [310], lässt nicht den Schluss zu, dass bloss ganz bestimmte Grundsätze zu erlassen seien, sondern nur, dass dieser Begriff eine teilweise Bundeskompetenz, die der Grundsatzgesetzgebung begründe, was bei den "allgemeinen Vorschriften" nicht eindeutig hervorgegangen wäre.

Nach meiner Auffassung sind aufgrund der Kompetenz in Art. 22 quater Abs. 1 BV auch unmittelbar raumwirksame Normen zulässig. Um noch Grundsätze zu sein, müssen sie noch nach einem allgemeinen Kriterium umschrieben sein. Sie dürfen nicht abschliessend sein und eine Ergänzung durch kantonales Recht ausschliessen. Die unmittelbare Anwendbarkeit und die Möglichkeit näherer Ausgestaltung durch das kantonale Recht sind nicht unbedingt Gegensätze: Wenn der Bund festlegt, dass ausserhalb der rechtskräftigen Bauzonen nur standortgebundene Bauten zulässig seien, ist dies ohne Zweifel ein Grundsatz, aber auch direkt anwendbar. Ueber die allfällig zu gewährenden Ausnahmen kann der Bund auch eine Regel aufstellen, die sich an die Kantone richtet. Damit ist der erstgenannte Grundsatz unmittelbar anwendbar; nach seiner Präzisierung durch die kantonalen Ausführungsgesetze, welche die Anforderungen an die Standortgebundenheit und die Ausnahmen regeln, tritt der Grundsatz als unmittelbar anwendbare Norm zurück; dies möglicherweise sogar dann, wenn er in der Zwischenzeit durch die Praxis eine Konkretisierung in einer andern Richtung erhalten hat.

310) Sten Bull StR 1968, 291, NR 1969, 23, 32

3. Die dritte Schranke besteht darin, dass im Begriff der Raumplanung nicht jede beliebige siedlungspolitische Massnahme einzuordnen ist [311], dass insbesondere keine wirtschaftspolitische Kompetenz dazugehört [312] und die Siedlungspolitik auf die Zielsetzungen des Art. 22 quater Abs. 1 beschränkt ist. Dieses Kriterium lässt sich als Forderung an den Gesetzgeber klar erfassen und ist praktikabel, wenn auch mittelbare Auswirkungen wirtschaftspolitischer Art nicht zu vermeiden sind. So wird sicher der Ausschluss der Baumöglichkeiten für Grundstücke ausserhalb der Bauzonen auf längere Zeit hinaus den Grundstückhandel, insbesondere den spekulativ betriebenen, stark verändern; dies ist aber ein wirtschaftspolitischer Effekt, der neben der sparsamen Verwendung unseres Bodens mit ein Grund für die Schaffung des Raumplanungsartikels in der BV war.

Auf dem Gebiete der Raumplanung lässt sich demnach die kantonale Kompetenz wie folgt umschreiben:

1. Die Kantone selbst sind Träger der Raumplanung [313]. Sie legen die räumliche Abgrenzung der Nutzungszonen fest.

2. Die Regelung des Bauwesens verbleibt den Kantonen in fast vollständigem Umfang: Es sind wenige Ausnahmen denkbar, welche die Baupolizei oder -gestaltung mit Grundsätzen soweit erfassen, als dies zur Verwirklichung einer sinnvollen Raumordnung unbedingt notwendig ist [314]. Ausnahmen davon sind die auf andere Bundeskompetenzen gestützten Bestimmungen, welche bestimmte Bauvorhaben von der Einhaltung des kantonalen Baurechts ausnehmen [315].

311) Aubert/Jagmetti, 148, Ziff. 34, Jagmetti, Umweltschutz, 94 f.

312) Aubert/Jagmetti, 145, Ziff. 29

313) Art. 22 quater Abs. 1 BV

314) Eine solche Vorschrift war Art. 32 RPG, welche ein kantonales Baubewilligungsverfahren vorschreibt. Ohne dieses wäre eine Planung illusorisch.

315) Siehe dazu unten 3.331, S. 172 ff.

Soweit der Landschaftsschutz vom Bau- und Planungsrecht wahrgenommen wird, kann folgender vorläufiger Schluss gezogen werden: Durch die Verpflichtung zur Ausscheidung von Nutzungszonen, allenfalls noch durch Nennung ihrer Arten, wirkt der Bund stark auf den durch die Kantone vorzunehmenden Landschaftsschutz ein. Hauptfall der Beeinträchtigung der freien Landschaft bildet die Ueberbauung, d.h. die Erstellung von Häusern und der dafür notwendigen Erschliessungsanlagen. Auf den Schutz der schon überbauten Landschaft, d.h. den Ortsbildschutz, wird sich die Raumplanungsgesetzgebung indirekt auswirken, indem durch die Straffung der Bauzonen und die geschlossenere Ueberbauung ein einheitlicheres Gepräge erreicht wird. Nur sehr beschränkt einwirken kann dagegen die Raumplanungskompetenz auf die qualitative Erhaltung und die Gestaltung der Landschaft.

Damit ist die Frage noch offen, ob der Bund Grundsätze aufstellen dürfe, welche Landschaften oder Ortsbilder als eigene Werte ausserhalb der Siedlungs- und Nutzungsplanung schützen. Es ist m.a.W. die Frage des Zusammenhangs zur Kompetenzabgrenzung auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes zu beantworten [316]. Bei einer umfassenden Kompetenz muss der Bund die Aufgabe des Natur- und Heimatschutzes wahrnehmen [317]. Auf dem Gebiete der Raumplanung ist die Regelungskompetenz der Kantone nicht eliminiert, so dass die Schlüsse nicht dieselben sein können. Es ist nicht neu aufzurollen, ob die Grundsatzgesetzgebung auch noch als Bundesaufgabe bezeichnet werden kann; sie ist es zweifellos im Sinne einer massvollen Rechtsvereinheitlichung im Bundesstaat. Im Hinblick darauf, dass mehrere Kantone den Schwerpunkt ihrer Natur- und Heimatschutzgesetzgebung im Bau- und Planungsrecht haben, liegt nahe,

316) Nicht diskutiert wird die Frage, ob die Raumplanung eine übergeordnete Kompetenz darstelle. Eine solche liegt nach einhelliger Meinung nicht vor, auch wenn andere Kompetenzen mitberücksichtigt werden müssen und ihrerseits beeinflusst werden. Imholz, N + H, 137, Lendi, Planungsrecht, 72 ff.

317) Siehe oben Ziff. 3.21, S. 84 ff.

dass der Gesetzgeber dort, wo sich die Ziele des Natur- und Heimatschutzes mittels planungsrechtlicher Grundsätze verwirklichen lassen, von dieser Möglichkeit Gebrauch macht [318]. Dies ist aber dem Bundesgesetzgeber nur dort möglich, wo sich die "Zielräume" von Raumplanung und Natur- und Heimatschutz decken, m.a.W. die Raumplanungskompetenz besteht und nur die "Zielrichtung" verschieden ist: Raumplanung wird dort durch Kompetenzkumulation zur Landschaftsplanung, wo noch ein genügend enger Zusammenhang zur Lebensentfaltung des Menschen festgestellt werden kann - dies als Umschreibung des Zieles der zweckmässigen Nutzung und geordneten Besiedelung auf einer höheren Ebene - das heisst z.B. in den Bereichen der Erholungsfunktion der Landschaft und der Lebensqualität von Ortschaften und von nichtüberbautem Raum. Darauf lässt sich nicht ein umfassendes Landschaftsschutzkonzept des Bundes aufbauen [319], doch können die zu erlassenden Grundsätze die Grundlinien für kantonale Konzepte und Schutzbestimmungen ziehen; in einer späteren Phase könnte die Koordinationsfunktion des Bundes [320] einen Zustand verwirklichen helfen, der einem gesamtschweizerischen Konzept entspricht und das zudem nach bewährten föderalistischen Prinzipien ausgearbeitet worden ist.

318) A.M. Imholz, N + H, 137. Imholz vertritt, gestützt auf die Raumplanungskompetenz könne der Bund keine Landschaftsplanung betreiben. Das ist richtig und gilt auch für die Raumplanung: Der Bund kann nur Grundsätze aufstellen. Dies steht ihm aber auch für die Landschaft zu.

319) Munz, Landschaftsschutz, 34

320) Art. 22 quater Abs. 2 BV. Je nach der Einschätzung der Durchführungsdauer einer gesamtschweizerischen Raumplanung (Schaumann, Auslegung, 19, zieht pessimistisch eine Parallele zur Verwirklichung des Eidg. Grundbuches) wäre dieser Weg allerdings ineffektiv und der durch die Motionen Binder und Bächtold vom 24./25. Juni 1971 eingeschlagene Weg der Erweiterung der Bundeskompetenz in Art. 24 sexies BV einzuschlagen. In Anbetracht der mühsamen Erarbeitung der Bundesinventare gemäss Art. 5 f. NHG dürfte auch dieser Weg eine lange Zeit beanspruchen.

Zusammenfassend kann über die Verwirklichung des Landschaftsschutzes im Bereich des Raumordnungs- und Baurechts folgendes festgehalten werden:

Die Grundsatzgesetzgebung des Bundes auf dem Gebiete der Raumplanung wirkt durch ihre Steuerung einer klaren Nutzungsordnung selber schon landschaftsschützend. Darüber hinaus kann der Bund gestützt auf die Kompetenzkumulation von Art. 22 quater Abs. 1 und in Verbindung mit Art. 24 sexies Abs. 2 BV Grundsätze des Landschaftsschutzes aufstellen, welche gleichzeitig der Zielsetzung der Raumplanung entsprechen. Dies kann auch als Kompetenzverschiebung auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes durch Art. 22 quater BV bezeichnet werden [321].

3.32 Die dringlichen Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung

Der Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung vom 17. März 1972 [322] traf befristete Unterschutzstellungen im Teilbereich Landschaftsschutz [323] aus dem grösseren Bereich der Raumplanung. Die Aufzählung der zu schützenden Gebiete zeigt deutlich die nahe Beziehung zum herkömmlichen Bereich des Natur- und Heimatschutzes [324].

Mit dem BMR hat der Bund seine Raumplanungskompetenz in einem weitergehenden Mass genutzt, als er dies mit grosser Wahrschein-

321) Werner, 71, a.M. Imholz, N + H, 141, derselbe, Aspekte, 42, Lendi, Planungsrecht, 73.

322) BMR (SR 700), ausführlich zum BMR: Jagmetti, mesures urgentes, 60 ff., Pfisterer, 17 ff., Bericht des Delegierten, 11 ff.

323) Landschaftsschutz wird im BMR in einem engeren Begriffsbereich verwendet als in dieser Arbeit, die Erhaltung von Erholungsräumen (Art. 1 BMR) gehört nach meiner Terminologie auch zum Landschaftsschutz (siehe oben 1.23, S. 16 ff.).

324) Vgl. Art. 2 BMR mit Art. 1 litt. a NHG, Art. 702 ZGB und die Begriffsumschreibung in der Botschaft zu Art. 24 sexies BV: BBl 1961 I 1104. Imholz, N + H, 140 vertritt, dass Landschaftsschutz im Sinne des BMR den bisherigen Begriff des Natur- und Heimatschutzes meine.

lichkeit im kommenden Raumplanungsgesetz tun wird: Er hat die Kompetenzkumulation der Grundsatzgesetzgebung auf dem Gebiete der Raumplanung verbunden mit der Pflicht, den Natur- und Heimatschutz zu berücksichtigen, wahrgenommen, um die Kantone zu einschneidenden Eigentumsbeschränkungen zu verpflichten. Er hat damit den Kantonen die Wahl genommen, auf die Wahrnehmung ihrer eigenen Natur- und Heimatschutzkompetenz zu verzichten. Durch die Möglichkeit, nach Inkrafttreten einer definitiven Planung die Schutzgebiete nach dem BMR aufzuheben [325], wird ein wichtiger Anreiz zu wirksamen Schutzmassnahmen gegeben. In diesem Sinn ist vom BMR ein wesentlich stärkerer Impuls ausgegangen als vom Art. 24 sexies BV und dem NHG [326].

Bezüglich der Pflicht des Bundes, die kantonale Raumplanung zu berücksichtigen, hat die Praxis zum BMR die Klärung gebracht, dass sie auch vor ihrer Konkretisierung im Raumplanungsgesetz aus der Verfassung heraus unmittelbar anwendbares Recht darstellt [327].

Bei seiner Anwendung ist für den BMR jedoch zu berücksichtigen, dass er nicht Landschaftsschutz schlechthin, sondern im wesentlichen nur den Schutz der Landschaft vor Ueberbauung anstrebt. Zwar nennt Art. 4 BMR "Bauten und Anlagen" und unterstellt beide Arten einer kantonalen Bewilligung, doch ist die Beschränkung, dass nur standortbedingte Vorkehren bewilligt werden dürften, nur auf die Bauten beschränkt [328]. Das bedeutet, dass Anlagen nicht notwendig auf den Standort angewiesen sein müssen,

325) Botschaft zur erstmaligen Verlängerung des BMR, BBl 1975 I 1389; Botschaft zur zweiten Verlängerung: BBl 1976 II 1257; Art. 1 Abs. 2 des BB vom 8. Oktober 1976, BBl 1976 III 625. Im Kanton Bern wurden die Schutzgebiete nach BMR bis Ende November 1976 in 33 Gemeinden ganz, in 12 Gemeinden teilweise aufgehoben (Auskunft des Kantonsplaners).

326) Der erhoffte Ansporn (Botschaft zu Art. 24 sexies BV, BBl 1961 I 1110) blieb weitgehend aus (Munz, Landschaftsschutz, 36).

327) Pfisterer, 20

328) Art. 4 Abs. 3 BMR

sondern nur nicht dem Planungszweck widersprechen dürfen [329]. "Anlagen" [330] werden häufig vom Kanton selber erstellt, so dass kaum ein Widerspruch zwischen Planungszweck und Notwendigkeit der Anlage zum Austrag kommen wird. In ebensovielen Fällen wird für die Anlage eine Bundesbewilligung notwendig sein: Die Geltendmachung des Planungszweckes durch den Kanton im Bewilligungsverfahren hat in diesen Fällen kaum bremsende Wirkung, weil Art. 4 Abs. 4 BMR die Spezialgesetzgebung des Bundes vorbehält, auf die sich die Bundesbehörde wenn nötig stützen wird, wenn der Einwand des Kantons nicht berücksichtigt werden soll.

Die Auswirkung des BMR auf die Erstellung von Anlagen ist meines Erachtens sehr gering. Ausser in den wenigen Fällen, in denen Anlagen von Privaten für private Zwecke errichtet werden, gibt der BMR nur eine Bekräftigung der Berücksichtigungspflicht, wie sie nach dem NHG und Art. 22 quater BV schon besteht; zusätzlich wird die Pflicht auch für ihre eigenen Anlagen der Kantone verbindlich, jedoch mit keiner Sanktion verknüpft.

3.33 Ausgewählte Bundesaufgaben

3.331 Erstellung von Gebäuden und gleichgestellten Anlagen

Der Bund erstellt Gebäude in Erfüllung verschiedenster Aufgaben. Obgleich sich Unterschiede in der Berücksichtigungspflicht der kantonalen Raumplanung und des kantonalen Baurechts aus dem Verwendungszweck des Gebäudes ergeben können, versuche ich eine gesamthafte Betrachtung.

Es sind zwei Hauptfragen zu unterscheiden:

1. Wo darf der Bund bauen? Ist der Bund in Erfüllung seiner Aufgaben an die kantonale Nutzungsordnung gebunden?

329) So auch VPB 1974 Nr. 80

330) Darunter fallen nach Art. 6 Abs. 2 Vo zum BMR (SR 700.1) nicht nur Tiefbauten, sondern auch Leitungen.

2. Wie sind die Bauten des Bundes auszuführen? Es handelt sich bei dieser Frage um das Verhältnis zum kantonalen Baurecht, insbesondere um die Pflicht zur Einhaltung der Gestaltungsvorschriften.

Die allfällige Bindung des Bundes an die kantonale Nutzungsordnung hängt in erster Linie davon ab, ob es sich um Bauten handelt, die in einer kantonalen oder kommunalen Nutzungsordnung vorgesehen sind, und ob die zu erstellende Baute des Bundes auf den vorgesehenen Standort angewiesen ist.

Ein militärisches Sprengstoffmagazin muss dort erstellt werden, wo es durch die Sicherheitsbestimmungen geboten und am richtigen Ort für die Dezentralisierung des eingelagerten Materials ist. Ein Bahnhof muss am Schienennetz liegen, eine Postfiliale möglichst zentral in ihrem Einzugsgebiet. Darf aber der Bund ein ihm günstig angebotenes Grundstück in einer Wohnzone mit niedriger Ausnutzung kaufen und darauf ein Verwaltungs-Hochhaus bauen?

Der mögliche Konflikt zwischen Bund und Kantonen ist schon auf Verfassungsebene, in Art. 22 quater Abs. 2 und 3 BV, gelöst: Die Pflicht des Bundes zur Zusammenarbeit mit den Kantonen und zur Berücksichtigung der Erfordernisse der Landes-, Regional- und Ortsplanung bedeutet richtig verstanden nicht nur eine freundliche Ermahnung [331], sondern die Verbindlichkeit jener Nutzungsplanungen, welche nach Inkrafttreten eines Raumplanungsgesetzes aufgrund der vorgeschriebenen Zusammenarbeit ausgearbeitet oder angepasst wurden [332]. Kantone, welche schon vor dem Zustandekommen des Raumplanungsgesetzes ihre Planungen mit den Bundesbehörden abstimmen [333], können meines

331) Dies die Auffassung von Schaumann, Auslegung, 21

332) A.M. Lendi, Planungsrecht, 72, allerdings ohne Begründung.

333) Eine freiwillige Zusammenarbeit ist schon jetzt die Regel. Sie kann aber m.E. nicht aus dem Raumplanungsartikel als für die Kantone verbindlich abgeleitet werden.

Erachtens eine unmittelbar aus der Verfassung fliessende Bindungswirkung für den Bund schon vorher erreichen. Diese Verbindlichkeit war für die kantonalen Gesamtrichtpläne im Raumplanungsgesetz vom 4. Oktober 1974 vorgesehen [334] und muss in einem neuen Entwurf wieder aufgenommen werden. Sie gilt auch für gesamtrichtplankonforme unmittelbar raumwirksame Nutzungspläne der Gemeinden, mindestens in Fällen, wo das Interesse des Bundes zum voraus bekannt war und sich der Bund am Planungsablauf beteiligen konnte.

Einfacher gesagt: Der Bund hat die Pflicht, seine Aufgaben zu planen und die Ergebnisse in die kantonalen kurz- und mittelfristigen Planungen einzubringen. Die Kantone müssen den Raumbedarf des Bundes in ihren Nutzungsordnungen berücksichtigen. Dies erfolgt durch Einbezug der standortgebundenen Bauten an den vom Bund vorgesehenen Stellen und Zuweisung des notwendigen Nutzungsraumes für die nichtstandortgebundenen Bauten. Es handelt sich je nach den Bedürfnissen des Bundes dabei um eine Zone, die öffentlichen Bauten vorbehalten ist, oder es genügt, wenn eine Zone für Gewerbe-, Industrie- oder Verwaltungsbauten entsprechend dimensioniert wird und die Beschaffung der Grundstücke ausschliesslich privatrechtlich erfolgt.

Für die Verwirklichung des Landschaftsschutzes bei Bundesbauten bedeutet das, dass sowohl der Bund wie die Kantone landschaftsschützend planen müssen. Standortgebundenheit ist kaum je naturgegeben, sondern wird meistens durch die Planung im grösseren Rahmen geschaffen. Die Teilelemente eines Systems müssen auf das Gesamtsystem ausgerichtet werden, und damit entsteht allenfalls eine Standortgebundenheit. Der Bund muss also durch seine Sachplanungen landschaftlich empfindliche Gebiete so berücksichtigen, dass durch die Verwirklichung der

334) Art. 8 Abs. 1 RPG

Bundesaufgabe keine unerwünschten Sachzwänge geschaffen werden. Die kantonale Planung hat die nicht standortgebundenen Bundesbauten landschaftlich geeigneten Räumen zuzuweisen.

Es handelt sich sowohl auf der Ebene des Bundes wie der Kantone um eine Kompetenzkumulation zwischen Landschaftsschutz und Planung. Da beide Aufgabenbereiche relativ flexibel sind, ist eine optimale Konkordanz anzustreben und kann nicht eine Priorität der einen Aufgabe vor der andern festgestellt werden. Aus der Kompetenzkumulation zwischen der Sachaufgabe des Bundes und der Planungskompetenz der Kantone ist bei rechtzeitiger Zusammenarbeit auch durchwegs eine Konkordanz erreichbar.

Auch für den Grad der Ausnutzung [335] ist der Bund an die kantonale Nutzungsordnung gebunden. Der Nutzungsgrad ist ein Merkmal ebensolcher Wichtigkeit wie die Art der Nutzung. Der Unterschied liegt allerdings darin, dass die Ausnutzung eher als die Nutzungsart ohne Beeinträchtigung des Zonenzweckes erhöht werden kann; für die Bundesbauten müssen eventuell häufiger Ausnahmen beansprucht werden als für andere private oder öffentliche Bauten: Der Bund ist gegenüber den Privaten intensiver auf einen Standort angewiesen, weil die betreffende Baute meistens Teil einer grösseren Sachplanung ist. Gegenüber dem Kanton und der Gemeinde bringt die Tatsache, dass es sich um deren eigene, für den Bund aber um eine fremde Planung handelt, mit sich, dass ihre Bedürfnisse konkreter in die Planung einfliessen können als jene des Bundes, der weniger intensiv an der Planung mitwirkt.

Zusammenfassung: Art. 22 quater BV bindet den Bund an kantonale Nutzungsplanungen, die unter Berücksichtigung der Bundes-

335) Ausnutzung bedeutet das Verhältnis der anrechenbaren Geschossfläche zur Grundstücksfläche; siehe z.B. Art. 151 BauV BE.

bedürfnisse zustande gekommen sind. Obgleich die Nutzungsplanung an sich schon landschaftsschützend wirkt [336], haben sowohl die Sachplanung des Bundes wie die Nutzungsplanung der Kantone den Schutz der einzelnen Landschaften sicherzustellen.

Das Verhältnis der Bauten des Bundes zum kantonalen Baurecht kann durch zwei Grundthesen charakterisiert werden:

1. Die materielle Einhaltung der Nutzungs- und Gestaltungsvorschriften richtet sich nach der Art der Bundesaufgabe, insbesondere danach, ob es sich um eine Nutzung handelt, die das kantonale und kommunale Recht effektiv vorsieht, und ob sich die zulässigen Gebäudekuben mit der sinnvollen Gestaltung der Bundesbauten vereinbaren lassen.
2. Die formelle Einhaltung des kantonalen Rechts, insbesondere die Einholung von Baubewilligungen, gibt dem Kanton die Möglichkeit, sein Baurecht durchzusetzen, währenddem in Bereichen, die keinen kantonalen Bewilligungen unterworfen werden, die Einhaltung der Bauvorschriften durch den Bund freiwillig erfolgt.

Das Verhältnis des Bundesrechts zum formellen kantonalen Recht wird in einigen Erlassen ausdrücklich erwähnt, in anderen lassen sich zumindest Schlüsse darauf ziehen:

- Art. 164 Abs. 3 MO [336a]: "Die Ausführung von Arbeiten, die der Landesverteidigung dienen, darf keiner kantonalen Gebühr oder Bewilligung unterworfen werden."
- Talsperrenverordnung [337]: Das EDI ist Oberaufsichtsbehörde [338] und zuständig für Ausnahmebewilligungen [339]. Die zuständige kantonale Behörde muss die Pläne vor Baubeginn dem EDI zur Genehmigung unterbreiten [340].

336) Siehe oben 3.31, S. 153
336a) SR 510.10
337) SR 721.102
338) Art. 3 Abs. 1 TalsperrenVo
339) Art. 2 und 3 Abs. 2 TalsperrenVo
340) Art. 5 TalsperrenVo

- Art. 5 Abs. 3 WRG ermächtigt den Bundesrat, die "generelle Anlage" der anzulegenden Werke daraufhin zu prüfen, ob sie der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte entsprechen [341].

- Nationalstrassen [342]: Art. 28 NSG: "Das Eidgenössische Departement des Innern genehmigt die bereinigten Ausführungsprojekte." Diese werden von den Kantonen in Zusammenarbeit mit Bundesstellen ausgearbeitet [343]. Die Kantone sind im Rahmen der Ausführungsprojekte für den Bau der Nebenanlagen zuständig [344].

- Atomanlagen: Der Bau bedarf einer Bewilligung des Bundes [345]. Bewilligungsbehörden sind das EVED für Kernkraftwerke und das Amt für Energiewirtschaft für andere Bewilligungen [346]. Art. 4 Abs. 3 AtG: "Die polizeilichen Befugnisse des Bundes und der Kantone, insbesondere mit Bezug auf die Bau-, Feuer- und Gewässerpolizei ... bleiben vorbehalten."

- Schwachstromanlagen: Art. 7 ElG [347] verpflichtet die eidgenössische Verwaltung, sich mit den "betreffenden Behörden und Privaten ... ins Einvernehmen zu setzen ..." Kommt eine Verständigung nicht zustande, entscheidet der Bundesrat [348].

- Starkstromanlagen: Bewilligungsbehörde ist das Eidgenössische Starkstrominspektorat [349]. Eine Aeusserung zum Verhältnis zu kantonalen Bewilligungen fehlt.

41) Siehe dazu ausführlich oben 3.234, S. 141 ff.

42) NSG, SR 725.11

43) Art. 21 NSG

44) Art. 7 Abs. 3 NSG

45) Art. 4 AtG (SR 732.0)

46) Art. 3 Vo zum AtG (SR 732.11) in Verbindung mit Art. 6 AtG

47) SR 734.0

48) Art. 7 Abs. 2 ElG

49) Art. 15 Abs. 2 ElG, BRB betreffend das Eidgenössische Starkstrominspektorat (SR 734.24), daneben kann auch das EVED Bewilligungsbehörde sein, wenn Eisenbahnlinien betroffen werden.

- Eisenbahnbau [350]: Die Pläne werden von der Aufsichtsbehörde [351] genehmigt, die über alle Einwendungen entscheidet [352]. Die Kantone werden angehört [353], ihre "auf die kantonale Gesetzgebung, namentlich über die Baupolizei ... gestützten Anträge sind bei der Plangenehmigung zu berücksichtigen, soweit sie mit der Bundesgesetzgebung und den Bedürfnissen des Eisenbahnbaues und - betriebes vereinbar sind" [354].
- Luftseilbahnen [355]: Die Genehmigung der Pläne durch das Eidg. Amt für Verkehr [356] gilt als Baubewilligung [357]. Die Kantone werden angehört und ihre auf kantonales Recht gestützten Anträge wie beim Eisenbahnbau berücksichtigt [358].
- Rohrleitungen [359]: Das Verkehrs- und Energiedepartement ist Bewilligungsbehörde [360]. Die Planauflage wird durch den Kanton vorgenommen [361], der die Einsprachen entgegennimmt und selber eine Stellungnahme abgeben kann [362]. Bei der Genehmigung werden allfällige Einsprachen und die kantonale Stellungnahme gewürdigt [363] und darüber entschieden [364].

350) Eisenbahngesetz, SR 742.101 (EbG)

351) Aufsichtsbehörde ist der Bundesrat (Art. 10 Abs. 1 EbG), der die Aufsicht jedoch durch das EVED ausüben lässt (Art. 10 Abs. 2 EbG).

352) Art. 18 Abs. 4 EbG

353) Art. 18 Abs. 2 EbG

354) Art. 18 Abs. 3 EbG

355) Seilbahnverordnung, SR 743.12

356) Aufsichtsbehörde nach Art. 3 Abs. 1 SeilbahnVo

357) Art. 4 Abs. 3 SeilbahnVo

358) Art. 4 Abs. 2 SeilbahnVo, entsprechend Art. 18 Abs. 3 EbG

359) Rohrleitungsgesetz (RLG), SR 746.1

360) Art. 21 Abs. 1 RLG

361) Art. 22 RLG

362) Art. 22 Abs. 3 RLG

363) Art. 23 Abs. 1 RLG

364) Art. 23 Abs. 3 RLG

- Flugplätze [365]: Die Anlage und der Betrieb von Flugplätzen bedürfen einer Konzession oder einer Bewilligung. Flugplätze, die dem öffentlichen Verkehr dienen, bedürfen einer Konzession des EVED [366]. Es sind Zonenpläne auszuarbeiten, welche die in Anspruch zu nehmende Fläche angeben und die sogenannten Sicherheits- und Lärmzonen ausscheiden [367]. Im Kanton wird ein Einspracheverfahren bis zur Einigungsverhandlung durchgeführt [368], das EVED entscheidet über die Einsprachen und genehmigt den Zonenplan [369]. Flugplätze, die nicht dem öffentlichen Verkehr dienen, bedürfen einer Bewilligung des Luftamtes [370]. Für sie ist kein Zonenplan auszuarbeiten, sondern die notwendigen Grundstücke und Dienstbarkeiten sind privatrechtlich zu sichern [371]. Das Konzessions- oder Bewilligungsverfahren ist in der Luftfahrtverordnung [372] näher geregelt: Die Kantone sind für beide Kategorien von Flugplätzen anzuhören [373]. Die Bewilligung ist zu verweigern, wenn öffentlich Interessen, insbesondere des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beeinträchtigt werden [374].

365) Luftfahrtgesetz (LFG, SR 748.0)

366) Art. 37 Abs. 1 LFG, diese Flugplätze werden Flughäfen genannt (Art. 31 Abs. 1 LFV).

367) Art. 42 ff. LFG

368) Zu schliessen aus Art. 43 Abs. 2 LFG.

369) Art. 43 Abs. 3 LFG

370) Art. 37 Abs. 2 LFG, diese Flugplätze werden auch Flugfelder genannt (Art. 31 Abs. 2 LFV).

371) Art. 44 ter LFG

372) LFV (SR 748.01)

373) Art. 37 (Flughäfen), 43 (Flugfelder) LFV

374) Art. 38 litt. f (Flughäfen), 43 Abs. 4 (Flugfelder) LFV

Die Bindung des Bundes an das kantonale Baurecht ist in Lehre und Praxis kontrovers: Hauser [375] und ein Teil der publizierten Verwaltungsentscheide [376] verneinen die Pflicht zur Einholung von Baubewilligungen; Burckhardt [377], ein anderer Teil der Verwaltungsentscheide [378] und das Bundesgericht [379] erachten den Bund als verpflichtet, Baubewilligungen einzuholen, sofern nicht eine ausdrückliche Norm die Befreiung ausspricht. Die zweite Auffassung ist sicher richtig, denn nur sie hält die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen ein [380]. An die Bestimmtheit der Ausschlussbestimmungen der Baubewilligungspflicht sind allerdings nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen, weil zur Zeit des Erlasses vieler dieser Vorschriften noch keine allgemeine Baubewilligungspflicht üblich war.

In folgenden Fällen erklärt das Bundesrecht ausdrücklich oder sinngemäss, dass keine kantonale Baubewilligung einzuholen sei: Bauten der Landesverteidigung, Schwach- und Starkstromanlagen, Eisenbahnbauten, Luftseilbahnen, Rohrleitungen und Flughäfen.

Der Bund als Bauherr hat in folgenden Fällen eine Baubewilligung einzuholen: Allgemeine Verwaltungsbauten, Bauten des Zolles und der Grenzwacht, PTT-Bauten [381], Gebäude des Finanzvermögens des Bundes, Bauten, die im Zusammenhang

375) Hauser, Bindung des Bundes, 92 ff.

376) Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 290 II (Munitionsdepot), VEB 1930 Nr. 6, 1938 Nr. 13, VPB 1964/65 Nr. 148.

377) Burckhardt, Komm. BV, 17, 22, 194. Er spricht allerdings mehr von der Frage der Einhaltung des materiellen kantonalen Baupolizeirechts.

378) Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 290 I (Neubauten der Munitionsfabrik Thun), III (Sprengstoffmagazin).

379) BGE 92 I 205 ff., 211, 97 I 524 ff., 528.

380) Siehe ausführlich oben 2.6, S. 50 ff. und 2.8, S. 78 f.

381) A.M. VPB 1964/65, 148: Die Justizabteilung beruft sich auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts, was sicher nicht zutreffend ist. Diese Praxis ist sicher durch BGE 92 I 211 überholt.

mit den nicht bewilligungspflichtigen Bundesaufgaben stehen, aber diesen nicht unmittelbar dienen [382].

Für folgende Bauten, die in der Regel nicht vom Bund erstellt werden, aber einer Bundesbewilligung bedürfen, ist zusätzlich eine kantonale Baubewilligung einzuholen: Talsperren, andere Bauten im Zusammenhang mit der Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Atomanlagen, Flugfelder [383].

Bei den Nationalstrassen, die bisher nicht aufgeführt worden sind, stellt sich die Frage nicht, weil der Kanton selber Bauherr ist.

Die Baubewilligung bezweckt, konkrete Projekte auf ihre Uebereinstimmung mit dem auf die betreffende Baute anwendbaren Recht zu prüfen. Die Bejahung der Baubewilligungspflicht bedeutet daher auch, dass die Bauten des Bundes nicht nur die durch die Nutzungsordnung aufgestellten Vorschriften über Art und Grad der Nutzung, sondern auch die weitern Bauvorschriften einzuhalten haben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zweck der Bundes-

382) Z.B. Bahngebäude, die teilweise an Private vermietet werden, Gastwirtschaftsbetriebe bei Luftseilbahnstationen.

383) Zaugg, Komm. BauG 1 N.26 erachtet auch für Flugfelder eine kantonale Baubewilligung als nicht notwendig. Die neue Praxis des Luftamtes behält dagegen ausdrücklich das kantonale Recht vor. Siehe z.B. die Bewilligung zum Bau des Helikopterflugfeldes Gampel (BBl 1975 I 21 ff.) Ziff. 4: "Diese Baubewilligung ersetzt keine allenfalls nach Baupolizeirecht für die Erstellung der Anlage erforderliche Bewilligung." Aehnlich BBl 1975 II 2110 ff. (Helikopter-Flugfeld Schindellegi), 2324 ff. (Helikopter-Flugfeld Holziken).
Ausführlich zu den Flugfeldbewilligungen: Oftinger, 137 ff. Mit BGE 102 Ia 355 ff. wurde kurz nach Abschluss der Arbeit ein für die Kompetenzkumulationsfrage höchst bedeutsamer Entscheid gefällt: Die Walliser Kantonsbehörden meinten, die Bewilligung eines Flugfeldes durch das Eidg. Luftamt erübrige weitere kantonale Bewilligungen. Auf Beschwerde privater Einsprecher stellte das Bundesgericht fest, dass durch die luftrechtliche Bewilligung keine bestehenden kantonalen Kompetenzen beeinträchtigt würden und demnach die kantonale Baubewilligung unerlässlich sei.

bauten möglicherweise nicht immer zulässt, dass alle Gestaltungsvorschriften eingehalten werden: Häufig sind solche Normen zum Schutze des Ortsbildes oder der allgemeinen Bauästhetik aufgestellt. Es ist in diesen Fällen abzuwägen, ob eine Beeinträchtigung in Kauf genommen werden darf, mit andern Worten, ob sich die Gewährung einer Ausnahme rechtfertigen lässt. Dies wird einerseits davon abhängen, wie stark die geplante Baute auf den betreffenden Standort angewiesen ist [384], andererseits, wie intensiv das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Norm ist. Wenig Gewicht dürfte dabei haben, ob der Bund schon Eigentümer des Grundstückes ist, weil ihm zur Erfüllung seiner Aufgaben für den Fall, dass am geplanten Standort die Baute nicht ausgeführt werden kann, das Enteignungsrecht am zulässigen Ort zusteht.

Aus der Pflicht der Kantone heraus, das Bundesrecht nicht zu vereiteln [385], kann sogar ein Rechtsanspruch des Bundes auf die Erteilung einer Ausnahmebewilligung entstehen, wenn eine für den Bund verbindlich zu erfüllende Aufgabe anders nicht verwirklicht werden könnte. Weigert sich der Kanton, eine Bewilligung oder Ausnahmebewilligung zu erteilen, kann der Bund Kompetenzkonflikt beim Bundesgericht erheben [386]; er ist aber nicht befugt, sich einfach über das kantonale Recht hinwegzusetzen.

In den Fällen, in welchen der Bund keine Baubewilligung einholen muss, ist damit noch nicht entschieden, dass er auch kantonale Gestaltungsvorschriften nicht einzuhalten habe.

384) Das bedeutet nicht strikte Standortgebundenheit wie oben 3.231, S. 109 und 169 f., sondern ist unter Einbezug anderer, nicht zwingend vorgegebener Momente zu entscheiden, z.B. leichte Erreichbarkeit und zentrale Lage für Bauten mit Publikumsverkehr.

385) Siehe oben 2.66, S. 72 f.

386) Art. 83 litt. a OG, so auch Zaugg, Komm. BauG Art. 1, N.21

Die Achtung des kantonalen Rechts ist grundsätzlich auch für diese Bauten zu fordern [387]; doch fehlt die Ueberprüfungsmöglichkeit im kantonalen Verfahren. Häufig kommt dazu, dass die Einhaltung von Vorschriften, die hauptsächlich auf Wohn- und Gewerbebauten zugeschnitten sind, auf militärische, Bahn- und Leitungsbauten nicht übertragen werden können. Würde grundlos kantonales Recht übergangen, so könnte grundsätzlich auch der Kanton den Kompetenzkonflikt erheben. Erfolgversprechende Fälle dürften allerdings wenige vorkommen.

Dass die Befreiung des Bundes vom kantonalen Baurecht nur die Ausnahme sein soll, zeigt sich auch darin, dass sie nur gilt, wenn die Baute ganz oder grösstenteils der Bundesaufgabe dient, für welche eine Befreiung ausdrücklich festgehalten ist [388]. Nebenbauten, z.B. Wohnbauten von Angestellten, an Dritte vermietete Bürobauten, unterstehen voll dem kantonalen Baurecht und sind baubewilligungspflichtig [389]. Eine Konkordanz der Interessen von Bund und Kanton sollte in der Regel möglich sein: Das Bestreben des Bundes, durch Einbezug von Nebennutzungen die Aufwendungen zur Erfüllung seiner Aufgaben möglichst klein zu halten, soll vom Kanton unterstützt werden, kann aber nicht weiter gehen als die durch das kantonale Recht erlaubte Nutzung, die den Privaten zusteht, mit denen der Bund mit seinem zusätzlichen Leistungsangebot in Konkurrenz tritt.

Die Befreiung vom Bewilligungserfordernis gilt auch nur solange, als die Baute der betreffenden Bundesaufgabe dient: Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine ohne Bewilligung erstellte

387) Das zeigen auch die zahlreichen ausdrücklichen Verpflichtungen, dass die Bundesbehörde die kantonalen Einwände berücksichtigen, z.B. bei Eisenbahnen, Luftseilbahnen, Rohrleitungen.

388) Siehe oben S. 176

389) Nebenbauten von Eisenbahnen: Tinner, 126 ff.
ZBl 1958, 112 ff., 116 (Stadtrat St. Gallen)

militärische Baracke nach dem Verkauf an einen Privaten baubewilligungspflichtig wird, d.h. nur am bisherigen Standort bleiben darf, sofern dies den Anforderungen des kantonalen Rechts entspricht [390]. Der Beschwerdeführer hatte sich erfolglos auf den Standpunkt gestellt, die Baracke sei wie eine altrechtliche Baute zu behandeln, die nach einer Verschärfung des geltenden Rechts im bisherigen Rahmen weitergenutzt werden kann.

Zusammenfassung:

1. Der Bund ist vom Einholen einer Baubewilligung nur dann befreit, wenn das Bundesrecht dies ausdrücklich erklärt oder durch die Ausgestaltung der vom Bund zu erteilenden Bewilligung klar hervorgeht, dass die Prüfung durch die Bundesorgane abschliessend ist.

2. Der Bund ist an das materielle Baurecht der Kantone gebunden:
   - Bei Bauten, die der Bewilligungspflicht entzogen sind, entscheidet die Bundesbehörde selber, wie weit der Zweck der Bundesaufgabe notwendig macht, von einzelnen kantonalen Vorschriften abzugehen.
   - Im kantonalen Bewilligungsverfahren hat der Bund Anspruch darauf, dass ihm für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendige Ausnahmebewilligungen erteilt werden.

   Im Ergebnis wird deshalb die Einhaltung des kantonalen Rechts gleich weit gehen, ob eine Behörde des Bundes oder des Kantons die Baute zu bewilligen hat; es handelt sich das eine Mal bloss um einen Wegfall der grundsätzlichen Selbstunterstellung, das andere Mal um einen Anspruch auf eine Ausnahme vom kantonalen Recht.

3. Die allfällige Befreiung vom kantonalen Recht gilt räumlich nur soweit und zeitlich nur solange, als die Bauten den Bundeszweck erfüllen.

390) BGer in ZBl 1976, 149 f.

3.332 Eisenbahnen

Eisenbahnlinien [391] sind fast immer erhebliche Eingriffe in die Landschaft, besonders die elektrisch betriebenen, was für die Schweiz durchwegs zutrifft [392]. Die Verbindung zweier Punkte kann mit der Schiene nur beschränkt variiert werden. Der grosse Kurvenradius und die schwache Steigfähigkeit von Adhäsionsbahnen legen gerade in stark aufgekammertem und hügeligem Gelände den Streckenverlauf weitgehend fest, während z.B. Strassen oder Leitungen variabler sind.

Der Eisenbahngesetzgebung unterstehen auch die schienengebundenen Transportmittel in den Bergen: Zahnradbahnen und Standseilbahnen werde ich in diesem Kapitel nicht gesondert behandeln, weil sich die Frage des Landschaftsschutzes entsprechend den Luftseilbahnen und Skiliften [393] stellt. Zudem werden kaum mehr Eisenbahnen als Transportmittel im Gebirge erstellt [394].

Art. 26 BV gibt dem Bund eine umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung über die Eisenbahnen [395]. Ob sie konkurrierend oder ausschliesslich ist, spielt nach der abschliessenden Regelung [396] durch die Bundesgesetzgebung keine Rolle mehr.

391) Begriff der Eisenbahn: Burckhardt, Komm. BV, 191, Tinner, 8 f., Staeblin, 119 ff., Pfenninger, 79.

392) Eine Eisenbahnlinie kann aber auch als gestaltendes Charakteristikum der Landschaft verstanden werden, das nicht beeinträchtigend wirkt. Eine solche Wertung der Technik als Landschaftsbestandteil verlangt jedoch ein hohes Mass an Harmonie und dürfte in den meisten Fällen umstritten sein.

393) Siehe oben 3.232, S. 116 ff.

394) Eine Ausnahme bildet die 1976 erteilte Konzession für die Standseilbahn Zermatt-Sunnegga. Siehe unten S. 182, Anm. 401.

395) Tinner, 66 ff.

396) Tinner, 68 ff.

Die Eisenbahnkonzession wird für neue Linien von der Bundesversammlung erteilt [397]. Währenddem die Praxis vor 1880 [398] nur militärische Gründe für die Verweigerung einer Konzession heranzog, wurden sukzessive weitere Verweigerungsgründe entwickelt, die v.a. der Verhinderung von mehreren Konzessionen für dieselbe Strecke dienten. Der Landschaftsschutz war nur in sehr wenigen Fällen Verweigerungsgrund [399] und wurde insbesondere in der Bergbahneuphorie zu Beginn des Jahrhunderts kaum beachtet [400]. Die Konzessionserteilung durch die Bundesversammlung zeigt die grosse politische Bedeutung der Erschliessung durch Eisenbahnen, die heute mit der "Vorherrschaft" des Automobils kaum mehr vorhanden ist [401]. Die Konzessions-

397) Art. 5 Eisenbahngesetz (EbG vom 20. Dezember 1957, SR 742.101)

398) Staeblin, 139 ff.

399) Zusammengestellt bei Staeblin, 200 ff. Der Autor nennt als Verweigerungsgründe die Beeinträchtigung der Weihe und Erhabenheit einer historischen Stätte (Drahtseilbahn beim Rütli und bei der Tellskapelle) oder von Naturschönheiten (Bahn von der Grossen Scheidegg auf das Faulhorn). Die Einwände, dass Wälder und Alpweiden geschädigt würden, genügten nicht zur Ablehnung einer Konzession.

400) Nach Pfenninger, Erteilung von Konzessionen, 93, wurden 110 Bergbahnkonzessionen erteilt, von denen ungefähr die Hälfte ausgeführt wurden. Bei den meisten nicht verwirklichten Pass- und Gipfelbahnen, die der Autor aufzählt, muss die Nichtverwirklichung als grosses Glück bezeichnet werden, z.B. bei den Bahnen auf den Eiger-, Jungfrau- oder Matterhorngipfel.

401) Eine Ausnahme, in der noch eine neue Eisenbahnkonzession erteilt wurde, bildet die Standseilbahn Zermatt-Sunnegga: Die unterirdisch geführte Seilbahn soll die ungenügende Sesselbahn ersetzen und damit die Kapazität steigern. Die Botschaft des Bundesrates erwähnt die Prüfung nach den Gesichtspunkten des Natur- und Heimatschutzes unter dem Titel "Ausgangslage", BBl 1976 II 818 ff. Die Konzession wurde am 22./29. September 1976 von der Bundesversammlung erteilt.

erteilung durch eine politische Behörde verlangt eine gute Berücksichtigung des Natur- und Heimatschutzes und der Raumplanung in der Vorbereitungsphase auf Verwaltungs- und Regierungsebene, weil das Parlament in der Regel nur die Konzession erteilen und verweigern wird, nicht aber konkret ausgearbeitete Auflagen formulieren kann.

Das Schwergewicht des Landschaftsschutzes beim Eisenbahnbau liegt beim Plangenehmigungsverfahren [402]. Die Pläne für die "Erstellung und Aenderung der dem Bahnbetrieb dienenden Anlagen" sind dem EVED [403] zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Kantone werden angehört [404], und die kantonale Gesetzgebung ist zu berücksichtigen [405]. Die in Art. 18 Abs. 3 EbG genannten Gebiete der Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei sind nur eine beispielhafte Aufzählung, die Kantone können jedenfalls auch ihr Landschaftsschutzrecht geltend machen.

Das EVED kann für die Belange des Natur- und Heimatschutzes nicht etwa gestützt auf Art. 3 NHG eine freiere Prüfung vornehmen und die Gesichtspunkte des Landschaftsschutzes nach freiem Ermessen ohne Heranziehen des kantonalen Rechts würdigen [406]. Die Nichtberücksichtigung des kantonalen Natur- und Heimatschutzrechts brächte zudem unterschiedliche Stellenwerte des kantonalen Rechts, je nach der Unterbringung des Natur- und Heimatschutzes in der kantonalen Gesetzgebung:

402) Art. 18 EbG

403) Art. 10 EbG: Der Bundesrat ist Aufsichtsbehörde, er lässt die Aufsicht jedoch durch das EVED ausüben.

404) Art. 18 Abs. 2 EbG

405) Art. 18 Abs. 3 EbG

406) Zu einer solchen Praxis neigen fälschlicherweise die Bundesbehörden bei Luftseilbahnen und Leitungen, siehe oben 3.232, S. 121 ff., 3.233, S. 136 ff. Ebenso das VerwGer AG im Fall KKW Kaiseraugst, ZBl 1973, 403 f. In diesem Urteil wird vergleichsweise auf die Regelungen in andern Bereichen des Bundesrechts hingewiesen, u.a. auf die Eisenbahnen: Irrtümlicherweise wird angenommen, die SBB seien Plangenehmigungsbehörde statt des Departements (S. 403 Mitte).

Die Kantone, die den Schwerpunkt ihres Natur- und Heimatschutzrechtes in der Baugesetzgebung haben [407], könnten darauf bestehen, dass der Landschaftsschutz berücksichtigt wird; die Kantone mit eigenen Natur- und Heimatschutzgesetzen [408] oder dem Schwerpunkt im Bereiche des EG ZGB [409] könnten ihr kantonales Landschaftsschutzrecht nicht ernsthaft geltend machen.

Beim einzigen grösseren Bahnbau dieses Jahrzehnts, dem Furka-Basistunnel, konnten die Landschaftsschutzinteressen wirksam durchgesetzt werden: Gegen eine unbefriedigende Linienführung im Raume Oberwald, wo die neue Tunnelzufahrt von der bestehenden Linie abzweigt, führten die Gemeinde Oberwald und der Schweizer Heimatschutz Beschwerde [410]. Die angefochtene Projektvariante hätte das Ortsbild von Oberwald, die Flusslandschaft des Rotten und den Pischenwald, einen "einmalig schönen Hochwald" [411], beeinträchtigt. Diese Objekte waren zur Zeit der Beschwerde als Schutzgebiete nach dem BMR [412] ausgeschieden. Für die landschaftlich besser eingepasste "Bergvariante" waren Mehrkosten von mindestens 7,5 Millionen Franken veranschlagt. Der Bundesrat schützte gleichwohl die Beschwerde und genehmigte die teurere Variante, obwohl bisher die Gemeinde Oberwald die Planung vernachlässigt und Beeinträchtigungen des Ortsbildes und des zu schonenden Waldes zugelassen hatte. Der Bundesrat verpflichtete deshalb die Gemeinde, umgehend Bauzonen zu begrenzen und dem Landschafts- und Ortsbildschutz gebührend Rechnung zu tragen [413]. Die rechtliche Relevanz einer solchen Ermahnung darf nicht zu hoch veranschlagt werden, weil der Bundesrat nicht wie das Bundesgericht, das

407) Z.B. Zürich, Bern, St. Gallen
408) Waadt und Schaffhausen
409) Z.B. Luzern, Uri, Schwyz, Nidwalden
410) Der Beschwerdeentscheid ist wiedergegeben im BBl 1976 II 1112 ff
411) BBl 1976 II 1121
412) SR 700
413) BBl 1976 II 1122

auch solche Warnungen ausspricht [414], in ähnlichen Beschwerden gegen dasselbe Gemeinwesen die Konsequenzen aus der fruchtlosen Mahnung ziehen könnte. Es zeigt sich aber, dass der Bund bei Aufgaben, die er selber wahrnimmt, offenbar den Landschaftsschutz besser verwirklicht, als in den Fällen, in denen er Bewilligungen und Konzessionen erteilt und die Mehrkosten von einem Dritten getragen werden müssen [415]: Landschaftsbeeinträchtigungen auf privatwirtschaftlicher Basis sind weniger flexibel gegenüber Mehrkosten als Werke und Anlagen der öffentlichen Hand. Diese werden bei Notwendigkeit gebaut, auch wenn es mehr kostet [416], jene werden bei einer Verteuerung eventuell unwirtschaftlich, so dass Auflagen des Landschaftsschutzes dasselbe bewirken können wie eine Verweigerung der Bewilligung oder Konzession.

Dass die Gemeinde Oberwald zur Beschwerdeführung zugelassen wurde, ist auf eine Praxisänderung im Jahre 1970 zurückzuführen [417]. Vorher hatte sich das EVED beharrlich geweigert, auf Beschwerden von Gemeinden einzutreten [418]. Formell stützte

414) Siehe dazu beispielsweise die Praxis zu den Zürcher Gefängnisverordnungen: In BGE 99 Ia 262 ff., 279 f., 282, 285 f. (Minelli) erklärte das BGer mehrere Bestimmungen als diskutabel, jedoch noch verfassungskonformer Auslegung zugänglich. In verschiedenen späteren Fällen zeigte sich, dass die Zürcher Behörden die Ermahnung zu verfassungskonformer Auslegung nicht einhielten (z.B. BGE 101 Ia 148 ff., Schlegel; EuGRZ 1976, 86 f., vom 3. Dezember 1975). In einer entsprechenden Anfechtung einer neuen Verordnung hob daraufhin das BGer gleichlautende Bestimmungen wie die früher als verfassungsmässig erachteten als verfassungswidrig auf (BGE vom 30. Juni 1976, Minelli II, in EuGRZ 1976, 428 ff., insbesondere E.6 b, 7 c, 8 c, 9).

415) Z.B. bei Luftseilbahnen oder Leitungen. Die Furka-Oberalp-Bahn gehört zwar als Privatbahn nicht zu den SBB, der Tunnelbau wird aber grösstenteils durch Bundesmittel bezahlt. BBl 1971 I 1508, 1976 II 1100.

416) In diesem Sinn sind die Mittel der öffentlichen Hand grundsätzlich unbegrenzt, auch wenn diese Feststellung bei der desolaten Finanzlage etwas paradox erscheint.

417) VPB 1970/71 Nr. 82, Gemeinde Rothrist.

418) Zuletzt VPB 1966/67 Nr. 128, 1968/69 Nr. 87

sich das EVED dabei auf Art. 18 Abs. 2 EbG, nach welchem die Anhörung der Gemeinden Sache der Kantone ist. Fälschlicherweise wurde das Plangenehmigungsverfahren mit dem nachfolgenden Beschwerdeverfahren, das durch Art. 11 EbG geregelt ist, vermischt [419]. Materiell wurde die Ablehnung der Legitimation der Gemeinde damit begründet, "dass es der Eisenbahnaufsichtsbehörde nicht zugemutet werden darf, sich die nötigen Kenntnisse der kommunalen Vorschriften, die im Laufe von Plangenehmigungsverfahren eine Rolle spielen, anzueignen" [420]. Diese Argumentation würde bedeuten, dass geltendes Recht [421] wegen nicht zumutbarer "Kenntnisnahme" einfach nicht angewendet wird, was rechtsstaatlich unhaltbar ist. Man müsste bei dieser Sachlage eher umgekehrt schliessen: Wenn der Aufsichtsbehörde nicht zugemutet werden kann, das kommunale Recht von Amtes wegen zur Kenntnis zu nehmen, muss der Gemeinde im Plangenehmigungs- oder Beschwerdeverfahren eine Stellung zugeordnet werden, die ihr erlaubt, das anwendbare kommunale Recht der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu bringen.

Die Vorstellung von den zahlreichen kommunalen Ordnungen, die nicht alle zur Kenntnis genommen werden können, ist ausgerichtet auf den Bau von Bahnen, die quer die ganze Schweiz durchlaufen, währenddem seit Jahrzehnten die meisten Plangenehmigungen nur eine oder wenige Gemeinden betreffen. Das kommunale Recht muss auch nicht unbedingt von der Aufsichtsbehörde "aufgesucht" werden, sondern die Unternehmung, die die Pläne einreicht, hat sich damit auseinanderzusetzen. Mit der Zuerkennung der Beschwerdebefugnis an die Gemeinde wird zudem in einem beschränkten Umfang ein Zweiparteienverfahren geschaffen, das die Rücksichtnahme auf kommunales Recht [422] sicherstellt. Dieser

419) VPB 1970/71 Nr. 82 (S. 192)

420) VPB 1966/67 Nr. 128 (S. 207). Dieselbe Argumentation in BGE 97 I 529 bezüglich der Telefonleitungen.

421) Wenn es nicht geltendes Recht wäre, könnte es auch keine Rolle spielen.

422) Das kommunale Recht ist ein wichtiger Teil der in Art. 18 Abs. 3 EbG genannten kantonalen "Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizeivorschriften".

Aufwand ist sicher zumutbar, wenn man bedenkt, dass sich beim selben Projekt die Juristen möglicherweise monatelang mit Enteignungsfragen auseinanderzusetzen haben.

Ich führe die Argumentation, die heute für das Eisenbahnwesen mindestens teilweise aufgegeben ist, deshalb an, weil sie wahrscheinlich in anderen Bereichen immer noch zur festen Ueberzeugung der rechtsanwendenden Organe gehört. Bewusst oder in der falschen Meinung, es liege eine derogatorische Wirkung des Bundesrechts vor, wird über geltendes Recht hinweggeschritten, ohne dass überhaupt davon Kenntnis genommen wird. Diese bedenkliche Einstellung schadet dem Rechtsgedanken, der heute auch aus andern Gründen erschüttert ist. Richtigerweise hat sich das höherrangige Recht mit dem niedrigrangigeren auseinanderzusetzen: Ist das niedrigrangigere kompetenzwidrig, so fällt es weg, ist es kompetenzgerecht, so ist Konkordanz anzustreben. Kann diese nicht erreicht werden, hat das eine Recht zurückzutreten. Häufiger, aber nicht notwendigerweise, wird sich das Bundesrecht durchsetzen. Diese Tatsache ist unbedenklich und dem Recht nicht abträglich, wenn die Auseinandersetzung überhaupt erfolgt und nicht einfach das Recht ignoriert wird, auf dessen Gültigkeit sich die Bürger und das untere Gemeinwesen verlassen.

Die Begründung für die Praxisänderung 1970 liegt nicht in der hier ausgeführten rechtspolitischen Komponente, sondern in der durch Art. 12 NHG der Gemeinde zuerkannten Beschwerdebefugnis. Das EVED erkannte, dass es aufgrund dieser Norm zwingend auf die Beschwerde eintreten musste und fand, es liesse sich nicht rechtfertigen, der Gemeinde die Beschwerdelegitimation nur für die Fragen des Natur- und Heimatschutzes, nicht aber für andere öffentlich-rechtliche Belange zuzuerkennen [423].

Das Verhältnis der Eisenbahnanlagen zum kantonalen Raumordnungsrecht ist weitgehend dasselbe wie bei den übrigen Bauten des

423) VPB 1970/71 Nr. 82 (S. 194)

Bundes [424]. Die Besonderheit liegt darin, dass der Bau einer Bahnlinie eine Nutzung ist, die im kantonalen Recht nicht geregelt ist [425], und dass der Gesetzgeber für die Eisenbahngrundstücke eine Sonderregelung vorsieht [426]: Grundstücke, die dem Bahnbetrieb dienen, sind der planerischen Einwirkung von Kanton und Gemeinden entzogen [427]. Allerdings können diese sich umgekehrt darauf verlassen, dass nicht bahnfremde Bauten oder Anlagen errichtet werden [428]. Schwierig ist die Qualifizierung von Grundstücken, die dem "Ausbau von Bahnanlagen" [429] dienen. Auch diese Grundstücke dürfen nicht durch "Bauvorhaben Dritter" beeinträchtigt werden: Für den Ausbau der Bahnanlagen notwendig sind sicher Grundstücke, die gemäss ausgearbeiteten Plänen benötigt werden oder auf Veranlassung der Bahnorgane in den Nutzungsplänen dafür ausgeschieden werden. Nur ein Indiz, aber nicht massgebend, kann das Eigentum der Bahnunternehmung sein [430].

424) Siehe oben 3.331, S. 168 ff.

425) Es ist hier davon abzusehen, dass das kantonale Recht mit Generalklauseln alle Hoch- und Tiefbauten dem Baurecht unterstellt. Massgebend ist, dass die "Baute" Bahnanlage der Regelung durch das kantonale Recht entzogen ist.

426) Siehe dazu Art. 944 Abs. 3 ZGB, in dem ein bisher nicht geschaffenes Eisenbahngrundbuch vorgesehen wird, und Art. 18 Abs. 1 EbG.

427) Im Ergebnis richtig VPB 1964/65 Nr. 142: Eine Gemeinde wollte durch einen Bebauungsplan einen Bahnübergang sanieren. Auf Beschwerde der Bahnunternehmung erklärte der Bundesrat den Bebauungsplan als nichtig, soweit er Bahnareal betraf. Die Begründung, es handle sich dabei um ein "Bauvorhaben Dritter", ist allerdings nicht zu teilen, denn es handelte sich kaum um ein Bauvorhaben der Gemeinde (sonst hätte sich die Bahn kaum gegen die Gratissanierung gewehrt), sondern die Gemeinde wollte damit die Bahnunternehmung zwingen, auf deren Kosten die Sanierung vorzunehmen, wozu sie nicht kompetent war, weil diese Materie vom Bundesrecht abschliessend erfasst wird.
Es ist klar, dass es nicht anginge, wenn die Gemeinde das Bahnareal seinem bestimmungsmässigen Gebrauch widersprechend beplante: Sie könnte nicht durch Schaffung einer Grünzone einen lärmigen Güterbahnhof eliminieren.

428) Ausgenommen die sogenannten Nebenbetriebe gemäss Art. 39 EbG.

429) Art. 18 Abs. 1 in fine EbG

430) In diesem Punkt offenbar auch eine Abweichung von VPB 1964/65 Nr. 142, wo zwei nicht näher bezeichnete Grundstücke in Eigentum der Bahn auch vom Bebauungsplan ausgenommen wurden.

Es wäre also falsch zu behaupten, die Bahn sei nicht an die Nutzungsordnung der Gemeinden gebunden [431]. Es besteht auch in diesem Bereich die Pflicht zur Zusammenarbeit und zur Koordination mit den Kantonen und zur Einhaltung der daraus erzielten Nutzungsordnung [432]. Entsteht ein noch nicht berücksichtigter weiterer Bedarf der Bahn, so ist das kantonale Recht einzuhalten oder wenn notwendig die Nutzungsordnung anzupassen. Kleineren Vorhaben wird kaum je das kantonale Recht starr entgegenstehen, und grössere Projekte erfordern eine Planungsdauer, welche eine Revision der Nutzungsordnung zulässt. Damit wird natürlich nicht das Plangenehmigungsverfahren aus dem EVED weggenommen, sondern dieses hat weiterhin den Umfang des einzuhaltenden kantonalen Rechts festzulegen: Pflichtgemäss darf es aber nicht an die Stelle des kantonalen Gesetzgebers oder der kantonalen Planungsinstanzen treten, sondern muss bei Unvereinbarkeit mit aufrechtzuerhaltendem kantonalem Recht oder mit einem kantonalen Nutzungsplan die Genehmigung verweigern. Auf diese Art wird nicht nur der Landschaftsschutz sichergestellt, sondern auch die andern Interessen der Nutzungsplanung, wie z.B. Wohnqualität, rationeller Einsatz der öffentlichen Mittel für die Erschliessung usw.

Zusammenfassung: Die Eisenbahnen bieten dem Landschaftsschutz heute nicht sehr grosse Probleme, weil kaum mehr neue Linien erstellt werden. Neue Bauten und Anlagen bestehender Bahnen haben das kantonale Recht soweit als möglich einzuhalten, insbesondere auch die Nutzungsordnung zu respektieren. Verfahrensmässig wird das durch die Zusammenarbeit im Planungsstadium und durch die Einbeziehung der kantonalen Behörden und des kan-

431) So könnte fälschlicherweise der Leitsatz von VPB 1964/65 Nr. 142 verstanden werden.

432) Diese Pflicht ergibt sich aus Art. 22 quater BV. Interessant wäre auch die Nebenfrage, was mit einem nicht mehr für den Bahnbetrieb verwendeten Grundstück geschieht, für das im kommunalen Nutzungsplan als Bahngrundstück Art und Grad der Nutzung nicht festgelegt sind. Nach meiner Meinung wäre ein solches Grundstück bis zur Festsetzung einer Nutzungsordnung durch das nach kantonalem Recht zuständige Gemeinwesen keiner baulichen Nutzung zugänglich.

tonalen Rechts im Plangenehmigungsverfahren erreicht. Die Entscheidung trifft die Plangenehmigungsbehörde, das EVED.

3.333 Strassen

Strassen sind wesentliche Bestandteile der Kulturlandschaft. Sie sind ebensosehr Landschaftsgestaltung [433], wie sie von vielen zu einseitig als Verunstaltung empfunden werden. Die augenfällige negative Wirkung der Strasse auf die Landschaft ergibt sich häufig erst aus dem intensiven Gebrauch durch den Motorfahrzeugverkehr. Die Strasse wird durch diesen für die unmittelbaren Anwohner vom bisher verbindenden zum trennenden Element, sie wirkt als Einschnitt, der schwer oder überhaupt nicht überschreitbar ist [434]. Die Emissionen der Motorfahrzeuge - Lärm, Erschütterung, feste, flüssige oder gasförmige Stoffe - beeinträchtigen die Landschaft als Lebensraum in einer Intensität, die bis zur absoluten Verhinderung menschlichen, tierischen oder pflanzlichen Lebens gehen kann. Auch die unbelebte Materie, v.a. Bauwerke, erleidet Beeinträchtigungen.

Die schweizerische Rechtsordnung geht bisher davon aus, dass der Mensch bei der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit grundsätzlich auch das Fortbewegungsmittel wählen könne. Diese

433) BBl 1976 II 1144 f.: "Viele Nationalstrassenstrecken zeigen in ihrer Gestaltung denn auch ein erfreuliches Bild; sie verbinden sich harmonisch mit der durchfahrenen Landschaft, ja, manche Gegend erhielt durch die Nationalstrassenbauten neue Akzente." Diese Aeusserung der Botschaft zur Initiative "Demokratie im Nationalstrassenbau", die die gute Berücksichtigung des Landschaftsschutzes im Nationalstrassenbau belegen soll, fordert natürlich alle jene Landschaftsschützer heraus, die auch andere als optische Beeinträchtigungen berücksichtigt haben wollen. Siehe auch das Loblied auf den Nationalstrassenbau von Robert Ruckli, in FS H.P. Tschudi, Bern 1973, 223.

434) Die trennende Wirkung ist dann voll verwirklicht, wenn die Strasse ausschliesslich dem Motorfahrzeugverkehr vorbehalten ist (Autobahn oder Autostrasse nach Art. 1 VRV), v.a. die Nationalstrassen 1. und 2. Klasse (Art. 2 und 3 NSG): Die Beschränkung des Zuganges auf wenige besondere Anschlussstellen und das Fehlen höhengleicher Kreuzungen beschränkt die Verbindung über die Strasse hinweg auf die speziell errichteten Uebergänge.

Wahlfreiheit ist nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung niedergelegt [435]; es handelt sich um eine Erscheinung, die in allen westeuropäischen Ländern anzutreffen ist: Die freie Wahl des Fortbewegungsmittels ist wohl eher in der Wirtschaftsordnung als grundrechtlich begründet [436]. Im Strassenbau könnte also vom heutigen System abgewichen werden, nach welchem der Staat die Pflicht hat, jene Strassen zu bauen, nach denen eine "Nachfrage" besteht. Es könnten durch Aenderung der Zweckbestimmung der bestehenden Strassen und durch die Dimensionierung der noch zu erstellenden oder auszubauenden Verbindungen nach einer neuen Widmung heute zulässige, aber "unnötige" Verkehrsbewegungen unterdrückt werden [437].

435) Art. 37 bis Abs. 2 BV liesse nach seinem Wortlaut sogar den umgekehrten Schluss für das Auto- und Fahrradfahren zu. Siehe dazu auch Huber, Ausscheidung der Zuständigkeiten, 493: Er meint, Art. 37 bis Abs. 2 BV könnte weggelassen werden.

436) Ich sehe dabei bewusst von der im Vergleich zu andern Ländern atypischen schweizerischen Auffassung einer die ganze Verfassungsordnung bestimmenden Wirtschaftsfreiheit ab. Damit wird nur die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung dem Gesetzgeber entzogen und dem Verfassungsgeber zugewiesen. Auf Verfassungsebene liesse sich auch in der Schweiz eine Einschränkung des privaten Verkehrs (d.h. v.a. des Strassenverkehrs) zugunsten des rationelleren und umweltfreundlicheren öffentlichen Verkehrs verwirklichen, d.h. statt des heute praktizierten Systems der blossen finanziellen Unterstützung des öffentlichen Verkehrs könnte für bestimmte Transporte die Pflicht zur Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel eingeführt werden. Die sogenannte Strassenfreiheit nach Art. 37 Abs. 2 BV betrifft nur die gebührenfreie Benützung der Strasse im Rahmen der beiden hier entscheidenden Elemente, der Zweckbestimmung und der öffentlichen Zugänglichkeit (siehe dazu BGE 99 Ia 241, E.2 b).

437) Der notwendige Kontrollaufwand und die Internationalität des Verkehrs sind dabei natürlich unberücksichtigt. Es wäre allerdings falsch, wegen dieser Punkte, die für die heutige "Freiheit" sprechen, diese als Dogma weiterhin vorbehaltlos zu postulieren: In den letzten Jahren hat sich gezeigt, dass auch bei unbestrittener Notwendigkeit des "Umsteigens" auf das öffentliche Verkehrsmittel Appelle an die Freiwilligkeit ungehört verhallen. So wird die Fahrt zum Arbeitsplatz in den Städten trotz verstopfter Strassen und Propagierung der öffentlichen Verkehrsmittel weiterhin zu einem gleichen Teil im privaten Auto zurückgelegt.

Für den Bau und die Benützung der Strassen wurde die komplizierte Kompetenzlage schon kurz dargestellt [438]. Wird nur der Bau betrachtet, so ist die Aufgabenverteilung vorerst einfacher. Ein effektiver Landschaftsschutz verlangt indessen, dass die Beeinträchtigungen durch den Betrieb schon in den ersten Phasen der Planung in Rechnung gezogen werden, weil nachträgliche Schutzmassnahmen kaum je helfen können [439] oder konsequenterweise die Einstellung des Betriebes erfordern würden.

Die Zuständigkeiten im Strassenbau sind wie folgt zugewiesen:

1. Nationalstrassen sind "die wichtigsten Strassenverbindungen von gesamtschweizerischer Bedeutung" [440]. Der Bund hat in diesem Bereich die umfassende Gesetzgebungskompetenz [441], ist aber für den Bau und Betrieb gehalten, mit den Kantonen zusammenzuarbeiten [442].

2. Ein ausgewähltes Netz der übrigen Hauptstrassen wird von den Kantonen gebaut, ist aber durch Bundesbeiträge unterstützt [443].

3. Die übrigen Strassen fallen in die volle Kompetenz der Kantone; der Bund leistet jedoch "allgemeine Beiträge" [444] nach

438) Siehe oben 2.2, S. 36 ff.

439) Nachträgliche Massnahmen werden zum Schutz eines bestimmten Wertes meist unter Vernachlässigung anderer Gesichtspunkte getroffen. Schallschutzwände, die entlang von Autobahnen das Wohnen wieder erträglich machen sollen, erweisen sich meist als schlimme Verunstaltungen. Eine Diskussion über Landschaftsschutz findet vor ihrer Erstellung regelmässig nicht statt, was sehr verständlich, jedoch nach dem Verfassungsauftrag falsch ist: Landschaftsschutz wird nicht unter einem "Fehlplanungsvorbehalt" aufgetragen, sondern wäre gegenüber früheren Fehlleistungen höher einzustufen, denn diese können wohl kaum als "überwiegende öffentliche Interessen" bezeichnet werden.

440) Art. 1 Nationalstrassengesetz (NSG, SR 725.11)

441) Art. 36 bis Abs. 1 BV

442) Art. 36 bis Abs. 2-6 BV

443) Art. 36 ter Abs. 1 litt. b BV, Art. 7 ff. BB über die Verwendung des für den Strassenbau bestimmten Anteils am Treibstoffzollertrag vom 23. Dezember 1959 (SR 725.116.2)

444) Art. 36 ter Abs. 1 litt. c BV

Massgabe der gesamten Strassenkosten und der Strassenlänge jedes Kantons [445].

Für die Berücksichtigung des Landschaftsschutzes stellt sich die Frage, welche der drei Kategorien als Bundesaufgaben der Berücksichtigungspflicht nach Art. 3 NHG unterliegen. Zweifellos ist der Bau von Nationalstrassen Bundesaufgabe. Ebenfalls eindeutig fallen die ohne zweckgebundene Bundesbeiträge gebauten kantonalen Strassen als Bundesaufgabe weg: Nachträglich an schon ausgegebene Mittel anknüpfende Bundesbeiträge können kaum mehr die Gestaltung beeinflussen; Art. 2 litt. c NHG, der "Beiträge an ... Verkehrsanlagen" nennt, betrifft nur die Verwirklichung bestimmter Einzelprojekte. Als Bundesaufgabe erscheinen indessen die subventionierten Hauptstrassen [446]: Der Bund, dem die Bauprojekte zur Genehmigung zu unterbreiten sind [447] und der seine Beiträge mit Auflagen verbinden kann [448], hat demzufolge den Landschaftsschutz sicherzustellen [449].

Als gutes Beispiel, wie die Anstrengungen des Bundes und der Kantone in Uebereinstimmung zu bringen sind, kann der Fall "San Gian" [450] erörtert werden:

445) Art. 15 BB über Verwendung des Treibstoffzollertrages

446) Art. 7 BB über Verwendung des Treibstoffzollertrages, Bundesrat in ZBl 1970, 198, vgl. auch BGE 98 Ib 213 ff.

447) Art. 8 BB über die Verwendung des Treibstoffzollertrages. Die Genehmigung erfolgt durch das EDI. Die in Abs. 3 genannten vom EDI zu erteilenden "Baubewilligungen" sind keine im üblichen Sprachgebrauch des Baurechts, sondern Ausführungsbewilligungen, welche die Freigabe der Beiträge bedeuten. Ein Baubeginn durch den Kanton kann unabhängig davon erfolgen, der Kanton riskiert damit allenfalls Streitigkeiten um die Beiträge.

448) Art. 9 Abs. 3 BB über Verwendung des Treibstoffzollertrages.

449) Art. 12 Abs. 2 BB über Verwendung des Treibstoffzollertrages: "Dem Schutze und der Erhaltung des Landschaftsbildes ist angemessen Rechnung zu tragen". Diese Bestimmung ist heute zu eng. Heute muss Art. 3 NHG als lex posterior eingehalten werden.

450) ZBl 1970, 198 ff.

Die Gemeinde Celerina und gesamtschweizerische Vereinigungen des Natur- und Heimatschutzes bekämpften einen geplanten Abschnitt der Engadinertalstrasse A 27, die zum subventionierten Strassennetz gemäss Art. 7 BB über Verwendung des Treibstoffzollertrages gehört. Die Befürworter des amtlichen Projektes und der Variante "San Gian" warfen sich gegenseitig vor, das von ihnen abgelehnte Projekt wirke störender und widerspreche dem Landschaftsschutz. Das EDI, welches in bezug auf den Landschaftsschutz beide Projekte als gleichwertig erachtete, genehmigte das amtliche Projekt und setzte den Beitrag auf 80 % der veranschlagten 9 Millionen Franken fest [451]. Das Projekt "San Gian" sei noch nicht fertig ausgearbeitet und allfällige Mehrkosten umstritten. Der Bundesrat hob auf Beschwerde hin diese Verfügung auf und wies die Bündner Behörden an, die Variante San Gian auszuarbeiten.

In der Frage ob er den Landschaftsschutz anders würdigen dürfe als die kantonalen Behörden, hielt der Bundesrat fest: "... die primäre kantonale Kompetenz nach Art. 24 sexies Abs. 1 BV konkurriert im Falle der Genehmigung von Projekten für kantonale Werke mit der parallelen subsidiären Kompetenz des Bundes für den Natur- und Heimatschutz in Erfüllung von Bundesaufgaben nach Art. 24 sexies Abs. 2 BV, eine Kompetenzkonkurrenz, die auch in andern Rechtsbereichen wiederkehrt" [452]. Er liess offen, ob Art. 2 NHG neben Art. 24 sexies Abs. 1 BV verfassungsmässig sei, weil er durch Art. 113 Abs. 3 BV an die Bundesgesetze gebunden sei [453]. Das Ergebnis, dass im Fall "San Gian" der Bundesrat die Frage des Landschafts-

451) Gemäss Art. 9 BB über Verwendung des Treibstoffzollertrages beträgt der Höchstsatz zwei Drittel für Strassen im Alpengebiet, doch kann ausnahmsweise ein höherer Betrag gesprochen werden.

452) ZBl 1970, 202 E.1

453) Der Entscheid beruft sich hier auf Aubert, Droit constitutionnel, No. 448. Ich würde die Verbindlichkeit der Bundesgesetze für Regierung und Verwaltung eher aus dem Legalitäts- und dem Gewaltenteilungsprinzip ableiten. Art. 113 Abs. 3 BV bedeutet eine Begrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts, die der Regierung und Verwaltung gar nicht zusteht.

schutzes selber entschied, ist richtig, doch könnten daraus Missverständnisse und in andern Fällen Fehlentscheide entstehen. Würde man einen Widerspruch zwischen Art. 2 NHG und Art. 24 sexies Abs. 1 BV behaupten, so müsste man den Widerspruch nicht zwischen Gesetz und Verfassung, sondern zwischen den Absätzen 1 und 2 des Natur- und Heimatschutzartikels suchen. Die beiden Normen können jedoch nur bei einem Verständnis der Kompetenzen als reine Abgrenzungen der Hoheitsbereiche widersprüchlich sein. Betrachtet man richtigerweise auch die Kompetenz aus Abs. 1 als Aufgabe, sind die Kantone nicht mehr frei, ob sie ihre Aufgabe erfüllen wollen oder nicht. Ein Unterlassen wird bei einer alleinigen kantonalen Kompetenz sanktionslos bleiben, tritt aber eine Kompetenzkumulation auf, kumulieren auch die Berücksichtigungspflichten von Bund und Kanton, so dass ein indirekter Zwang auf den Kanton entstehen kann. Der Kanton Graubünden hätte ohne weiteres seine Variante bauen können; damit wäre der Verzicht auf den hohen Bundesbeitrag verbunden gewesen, was ein Abweichen von der Auffassung des Bundes wirksam verhinderte.

Mit dieser Rechtslage eine freie Würdigung durch die Bundesbehörden in allen Fällen verbinden zu wollen, wäre verfehlt. Angenommen, der Kanton Graubünden hätte die teurere Variante "San Gian" zur Genehmigung unterbreitet, weil die Ebene zwischen dem Inn und dem Hügel San Gian als kantonales Schutzgebiet ausgeschieden wäre, so würde ich dem Bundesrat die Befugnis absprechen, die durch das Schutzgebiet führende billigere Variante zu fordern und andernfalls den Bundesbeitrag zu verweigern. Mit der Argumentation aus Art. 2 f. NHG lässt sich nur begründen, der Kanton habe den Landschaftsschutz zu wenig gewürdigt und die Berücksichtigungspflicht des Bundes verlange ein mehreres. Sogar der Versuch des Bundes, den Beitrag auf die Kosten der billigeren Variante zu begrenzen, würde meines Erachtens an Art. 3 Abs. 3 NHG scheitern, der die Pflicht unabhängig von der Bedeutung des Objektes statuiert, ausser, wenn die Erforderlichkeit der Schutzmassnahme bestritten werden kann. Im Gebiet der Strasse Celerina - Samedan standen keine materiellen

Schutznormen zur Diskussion, ausser wenn man berücksichtigt, dass die Gemeinde Celerina im Falle des Baus der Variante San Gian in Aussicht stellte, die zu schonende Ebene mit Bauverbot zu belegen [454].

Allgemein gesagt: der Bund darf bei kantonalen Vorhaben, welche sich an materiellem Landschaftsschutzrecht ausrichten, nicht die Schutzbedürftigkeit des Gebietes weniger hoch einstufen als die kantonale Behörde. Er ist an das kantonale Natur- und Heimatschutzrecht gebunden. Bei dieser Auslegung geht es nicht nur um die Einheit der Verfassung, d.h. die Konkordanz von Art. 24 sexies Abs. 1 BV mit Abs. 2, sondern auch um die Einheit des kantonalen Rechts, das im Falle von unmittelbar raumwirksamen Schutzbestimmungen ja nicht nur für das in Frage stehende Projekt gilt, sondern für einen grösseren Raum, in welchem es rechtsgleicher Anwendung bedarf. Die postulierte Bindung des Bundes gibt den Kantonen einen wirklichen Ansporn, den Landschaftsschutz energisch an die Hand zu nehmen, weil die begründete Aussicht besteht, dass die Schutznormen nicht vom Bund missachtet werden. Andererseits müssen sich die Kantone auf konkrete Schutzmassnahmen festlegen und dürfen es nicht bei allgemeinen Handlungsanweisungen und Rücksichtnahmegeboten belassen, weil sie sich sonst vom Bund vorhalten lassen müssen, sie würden ihre Aufgabe zu wenig erfüllen. Dasselbe Postulat gilt für Raumordnungsmassnahmen des Landschaftsschutzes: Der Bund darf nicht mit Hilfe seiner Beiträge die eigenen Raumordnungsvorstellungen an die Stelle der kantonalen Ziele setzen. Der Bund kann verlangen, dass eine bestimmten Erfordernissen genügende Planung vor der Zusprechung der Beiträge vorliegt; es ist allerdings einzuräumen, dass damit bei Fällen wie dem Strassenprojekt Samedan - Celerina kaum entscheidende Gesichtspunkte gewonnen werden. Der kantonale Entscheid über die Linienführung einer Strasse kann ohne weiteres auch als Raumordnungsentscheid ausgesprochen werden, der folglich

454) ZBl 1970, 205

schützenswert wäre. Die Bundesbehörde muss deshalb im Fall, in dem sich der Kanton auf die folgerichtige Planungsdurchführung beruft, prüfen, ob die Planung in genügender Berücksichtigung des Landschaftsschutzes unternommen worden ist, was eine Relativierung der Bindungswirkung für den Bund mit sich bringt. Im Ergebnis bleibt aber die Bindung des Bundes an die kantonale Planung in Entsprechung zu jener von raumwirksamen Normen des Natur- und Heimatschutzes: Der Bund kann und soll prüfen, ob der kantonale Landschaftsschutz die vom Bund in Erfüllung eigener Aufgaben geübte Rücksichtnahme erreicht. Trifft dies zu, so sind die kantonalen Schutznormen oder Pläne vom Bund als gegeben hinzunehmen und den Beiträgen des Bundes zugrundezulegen.

Im Nationalstrassenbau ist die Zusammenarbeit des Bundes mit den Kantonen besonders eng [455]. Die allgemeine Linienführung wurde vom Eidgenössischen Amt für Strassen- und Flussbau (ASF) in Zusammenarbeit mit den interessierten Bundesstellen und den Kantonen ausgearbeitet [456] und von der Bundesversammlung gemäss dem Antrag des Bundesrates entschieden [457]. Der Entscheid über das Nationalstrassennetz legt die Linienführung im Gelände schon recht genau fest und begnügt sich nicht damit, die zu verbindenden Ortschaften festzulegen [458]. Die darauf folgende generelle Projektierung wird wie die Festlegung der allgemeinen Linienführung vom ASF in Zusammenarbeit mit den Kantonen ausgearbeitet [459], doch ist schon eine Dele-

455) Zum Nationalstrassenrecht allgemein: Kläusli, passim, insbes. 78 ff., Rechsteiner, passim, insbes. 55 ff., Bühler, Immissionen, Hofstetter, ZBl 1958, 1 ff.

456) Art. 10 NSG

457) Art. 11 NSG, Beschluss der Bundesversammlung über die Festlegung des Nationalstrassennetzes vom 21. Juni 1960 (SR 725.113.11)

458) Dem Anhang zum BBVers über das Nationalstrassennetz liegt offensichtlich ein recht genauer Plan zugrunde (z.B. wiedergegeben in BBl 1976 II 1145), der die darauf folgende generelle Projektierung bestimmt, jedoch nicht Bestandteil des BBVers ist. Siehe auch Art. 7 NationalstrassenVo (NSV, SR 725.111)

459) Art. 12 ff. NSG, Art. 12 ff. NSV

gation an die Kantone möglich [460]. Vor der Genehmigung durch den Bundesrat [461] können Grundeigentümer und Gemeinden schon zu den generellen Projekten Stellung nehmen [462], doch steht ihnen kein Rechtsmittel zu. Die Ausführungsprojekte werden von den Kantonen in Zusammenarbeit mit dem ASF ausgearbeitet [463], und es wird ein kantonales Einspracheverfahren durchgeführt [464]. Anschliessend genehmigt das EDI die Ausführungsprojekte [465].

Der in jeder Phase vorgeschriebene und offenbar auch befriedigend funktionierende enge Kontakt zwischen Behörden des Bundes und der Kantone [466] sollte eigentlich zu einer optimalen Berücksichtigung des Landschaftsschutzes führen. Gleichwohl ist die Volksinitiative "Demokratie im Nationalstrassenbau" [467] vor allem mit Landschaftsschutz-Argumenten lanciert worden, und dieselben Gründe sind hinter dem Widerstand gegen die Simmentalstrasse und den Rawiltunnel zu suchen.

Die Ursache für die heutige Bewegung gegen den Nationalstrassenbau und die sicher teilweise zuungunsten des Natur- und Heimatschutzes verlaufene Interessenabwägung [468] liegt wohl darin, dass die Festlegung der Linienführung in einem Zeitpunkt fixiert wird, in welchem der Landschaftsschutz noch vollständig unberücksichtigt bleibt: Der Beschluss der Bundesversammlung über die allgemeine Linienführung hätte wohl besser nur

460) Art. 13 NSV, siehe dazu Giesser, 112

461) Art. 20 NSG

462) Art. 19 NSG

463) Art. 21 ff. NSG, Art. 16 ff. NSV

464) Art. 27 NSG

465) Art. 28 NSG

466) Giesser, 106 f., 112 f.

467) Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates vom 26. Mai 1976, BBl 1976 II 11 ff.

468) Art. 5 Abs. 2 NSG

ganz grob die zu verbindenden Städte umfasst [469]. Durch die zusätzliche kartographische Fixierung war die darauffolgende generelle Planung weitgehend präjudiziert, so dass der Entscheid über die rechts- statt linksufrige Führung der N 2 im Raume Faido auf einer Länge von wenigen Kilometern als Grosserfolg des Landschaftsschutzes erscheint [470]. Das Inkaufnehmen von respektablen Mehrkosten und die Qualität der jetzt beschlossenen Strassenführung können sicher kaum hoch genug eingeschätzt werden, doch stimmt nachdenklich, dass es in diesem Fall, in welchem sich die verschiedensten Interessengruppen vehement einsetzten [471], ganze 15 Jahre dauerte, bis sich die landschaftsgerechtere Variante durchsetzen konnte. Es bleibt der Eindruck zurück, dass gerade durch die enge Zusammenarbeit des Bundes mit den Kantonen der Artikulation von Bedenken gegen eine bestimmte technische Lösung abträglich ist, dass es fast zu einer unbewussten Kollusion gegen Einwände kommt, die nicht quantifizierbare Gesichtspunkte geltend machen wollen.

Die unbefriedigende Situation rührt daher, dass gegen den Entscheid über die allgemeine Linienführung und gegen die generellen Projekte keine Rechtsmittel möglich sind. Wohl werden teilweise die Fachorgane für den Landschaftsschutz in diesen Phasen schon eingeschaltet, doch ist auch deren Artikulationsfähigkeit beschränkt, und sie sind weisungs-

469) Z.B. entsprechend dem Fettdruck im BBVers über das Nationalstrassennetz, wo die N 1 nur durch die Ortschaften Genf-Lausanne-Bern-Zürich-Winterthur-St. Gallen-St. Margrethen festgelegt wird. Derart würde den Kantonen und den Landschaftsschutzorganisationen eine konstruktivere Mitwirkung in den folgenden Planungsphasen ermöglicht.

470) Zusammengefasst in "Der Bund" vom 23. August 1976, S. 6. Siehe auch Imholz, N + H, 57 ff.

471) Neben der Gemeinde Faido, die schon 1963 gegen das Projekt von 1961 Beschwerde führte, bekämpften Natur- und Heimatschutzorganisationen, aber auch die ENHK und die SBB die linksufrige Führung. Der Entscheid des Bundesrates wurde 1976 gefällt.

gebunden [472]. Das Einsetzen des Rechtsschutzes erst auf der Stufe der Ausführungsprojekte kann nur noch zu kleinen Anpassungen führen, weil jetzt die Interessenabwägung v.a. durch die Mehrkosten bei einer nochmaligen Projektüberarbeitung und die allfällige Verlegung auf einer kurzen Strecke kaum noch zugunsten des Landschaftsschutzes ausfallen kann [473]. Der Sachzwang vernichtet Argumente.

Zusammenfassung: Der Landschaftsschutz ist besonders bei leistungsfähigen und verkehrsreichen Strassen ein Problem. Diese Strassen sind häufig mit Bundesbeiträgen erstellte Hauptstrassen oder Nationalstrassen und haben demnach als Bundesaufgabe den Natur- und Heimatschutz und die Raumplanung zu berücksichtigen. Die zu späte Möglichkeit des Einbringens von Forderungen des Landschaftsschutzes im Planungsverfahren erschwert besonders beim Nationalstrassenbau die Korrektur von Planungsfehlern.

3.4 Umweltschutz

3.41 Der Verfassungsartikel

Die Kompetenz des Bundes aus Art. 24 septies BV ist umfassend, sie hat aber keine ursprünglich derogatorische Wirkung [474], d.h. kantonales Recht bleibt in Kraft, bis es von einem entsprechenden Bundesgesetz abgelöst wird.

472) Art. 14 NSV schreibt zwar vor, dass sich die kantonalen Fachstellen des Natur- und Heimatschutzes in einem separaten Mitbericht zu äussern haben. Es ist fraglich, ob diese Massnahme, die offensichtlich dazu dienen soll, eine Fachbeurteilung und nicht eine politische Wertung zu erhalten, ihren Zweck erreicht, m.a.W. von der offiziellen Auffassung der Regierung abweichen kann.

473) Siehe z.B. BGE 97 I 573 ff., wo der Entscheid recht ungehalten begründet wird, so dass sich künftige Beschwerdeführer fast als Querulanten vorkommen müssen.

474) Hangartner, Kompetenzverteilung, 175, 184.

Der Umweltschutz kann nach der Art der Umschreibung den Sachkompetenzen [475] wie auch den Querschnittproblemen zugeordnet werden [476]. Als Sachkompetenz betrachtet besteht die Tendenz der Ueberlagerung und Ausweitung anderer Bundeskompetenzen; diese Komponente wird v.a. von Fleiner [477] betont, womit er in Gegensatz zu Hangartner gerät, der mehr den Aspekt des Querschnittproblems hervorhebt [478]: Diese Sicht bringt für den Bund die Verpflichtung, den Umweltschutz eingebettet in die übrige Kompetenzordnung zu erfüllen, und verlangt die Achtung der kantonalen Kompetenzen überall dort, wo sich di einheitliche Regelung durch den Bund nicht aufdrängt [479]. Diese Betrachtungsweise wird auch eher den andern umweltrelevanten Bundeskompetenzen [480] gerecht, die sonst mehr oder weniger gegenstandslos werden. Für die zu erlassende Gesetzgebung würde sich dann anstelle einer Gesamtkodifikation [481] der Einbau in die Gesetze der traditionellen Sachgebiete auf drängen. Dieses Vorgehen könnte zudem viele spätere Konflikte innerhalb des Bundesrechts vermeiden und den Kantonen die Angst vor der Auslieferung an eine latente Superkompetenz des Bundes nehmen.

Es bleibt aber gleichwohl bei der Tatsache, dass die Zuweisung einer umfassenden Umweltschutzkompetenz, wenn auch einer konkurrierenden, zu Verschiebungen in andern Kompetenzbereichen führt. Auch auf dem Gebiete des Landschaftsschutzes wird sich eine fühlbare Verstärkung der Regelungsmöglichkeit des Bundes zeigen. Fleiner lässt offen, ob aus Art. 24 septies BV

475) Fleiner, Gutachten, 247 f., N.174 ff., Hangartner, Kompetenzverteilung, 93.

476) Hangartner, Kompetenzverteilung, 105 f.

477) Fleiner, Gutachten, 248, N.178

478) Hangartner, Kompetenzverteilung, 105; ebenso Müller-Stahel/Rausch, 62

479) Botschaft zu Art. 24 septies BV, BBl 1970 I 776

480) Z.B. Art. 24 bis Abs. 2 lit. a, 24 quinquies Abs. 2 BV

481) Siehe Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, publiziert in WuR 1975, 331 ff.

eine "besondere Befugnis auf dem Gebiete der Landschaftspflege" abzuleiten sei [482]. Nach dem Hinweis auf die Schwierigkeit der Abgrenzung verwundert, weshalb er später als richtig erachtet, dass sich Art. 24 sexies nicht im Interesse des Vorentwurfes findet, weil "die Zielsetzung des Umweltschutzes ... eine andere als diejenige des Natur- und Heimatschutzes' sei [483]. Daraus ist noch nicht eine völlige Ausgrenzung der Regelungsbereiche von Art. 24 sexies und 24 septies BV abzuleiten [484]. Imholz geht richtigerweise davon aus, dass der Mensch selber von Art. 24 sexies nicht direkt erfasst wird, während er beim Umweltschutz im Zentrum steht. Der Heimatschutz befasst sich jedoch zentral mit wesentlichen menschlichen Lebensäusserungen, welche sich an den überlieferten und heutigen Werten, welche wir mit dem sehr unbestimmten Begriff "Heimat" bezeichnen, ausrichtet. Auch wenn die Motivation des Schutzes [485] weit auseinander geht, wirkt die unterschiedliche rechtliche Beeinflussung derselben Objekte, Lebensvorgänge oder technischen Betätigungen intensiv aufeinander ein. Dies kann die Schutzwirkung verstärken, den Schutz in einem Rechtsbereich unnötig machen oder als dritte Variante die Schutzwirkung des andern Bereiches beeinträchtigen oder verhindern.

Die Schaffung von Fussgängerzonen in Ortszentren kann verschieden begründet werden: Sie ist Umweltschutzmassnahme, wenn die schädlichen Einwirkungen von Lärm, Gestank und Erschütterung auf den Menschen und die historischen Gebäude [486] im Vordergrund steht. Ebenso gut kann der planerische Aspekt Motiv des Schutzes sein: die Entflechtung der Nutzungen 'Einkaufen' und 'Motorfahrzeugverkehr'. Die Fussgängerzone ist dagegen eine

482) Fleiner, Gutachten, 216, N.58, zurückhaltend Müller-Stahel/Rausch, 66

483) Fleiner, Gutachten, 258, N.216; entsprechendes für die Raumplanung: Müller-Stahel/Rausch, 64 f.

484) Imholz, 148 ff., zum folgenden insbes. 150 f.

485) Beim Natur- und Heimatschutz: Wahrung idealer Interessen (Bühler, N + H, 23), beim Umweltschutz: Schutz vor schädlichen und lästigen Einwirkungen (Art. 24 septies Abs. 1 BV)

486) Sandstein- und andere Natursteingebäude unterliegen einem beschleunigten Zerfall durch die Abgase der Motorfahrzeuge und allenfalls auch deren Erschütterung.

Heimatschutzmassnahme, wenn es darum geht, der Besucher den Anblick zu bieten, den das Ortsbild zu seiner Entstehungszeit bot. Je nachdem, welches dieser Schutzmotive im Vordergrund steht, ist der Bund oder der Kanton zuständig und darf eine allfällige Norm des Bundes sich des Gegenstandes umfassend oder nur in Grundsätzen annehmen [487]. Dasselbe Ortsbild kann jedoch auch durch Umweltschutzmassnahmen beeinträchtigt werden: Können die bisher hier angesiedelten Gewerbebetriebe wegen Ueberschreitung der Immissionsgrenzwerte nicht mehr weitergeführt werden, weil die notwendigen baulichen Massnahmen finanziell nicht tragbar sind, verliert das Ortsbild seinen ihn prägenden Charakter. Die neue Nutzung ändert unter Umständen alles als die Fassade, und es entsteht ein museales Schein-Ortsbild.

Die Kompetenzkumulation zwischen Natur- und Heimatschutz und Umweltschutz bringt folglich nicht mit sich, dass die Befugnisse des Bundes im Landschaftsschutz künftig nur noch in Art. 24 septies BV zu suchen sind, sondern die beiden Sachbereiche müssen weiterhin verfassungsrechtlich auseinandergehalten werden [488]. Die Einwirkungsmöglichkeit des Bundes auf den Landschaftsschutz wird aber gleichwohl durch die Umweltschutzkompetenz verstärkt, und insofern könnte man sogar sagen, die Bundesaufgabe Umweltschutz bringe eine Erweiterung der Natur- und Heimatschutzkompetenz des Bundes mit sich [489]. Zu verhindern, dass die kantonale Kompetenz ausgehöhlt wird, ist eine wichtige Aufgabe des Bundesgesetzgebers.

487) Es ist durchaus denkbar, dass die Umweltschutzgesetzgebung bestimmte Strassenzüge - z.B. wenn es sich um teilweise Wohngebiete handelt - bei Ueberschreitung von Immissionsgrenzwerten als nicht oder nur beschränkt befahrbar erklären muss. Diese Werte würden sicher zuerst in engen Altstadtgassen erreicht. Das Fahrverbot würde natürlich auch zusätzliche planerische Vorkehren, für die dann nicht mehr der Bund allein zuständig ist, erfordern.

488) Imholz, 151, ebenso Müller-Stahel/Rausch, 66

489) A.M. Imholz, 151. Als Konsequenz seiner Betrachtungsweise müsste Art. 24 sexies Abs. 2 BV notwendigerweise in den Ingress eines Umweltschutzgesetzes mit dem Regelungsbereich des Vorentwurfes vom 18. Dezember 1973 aufgenommen werden, entgegen der Meinung von Fleiner, Gutachten, 298, N.216.

Auf dem Gebiete der Raumplanung tritt eine ähnliche, wenn auch nicht so ausgeprägte Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes ein. Die Raumplanung der Kantone wird durch die kommenden Umweltschutzvorschriften ungefähr in gleichem Masse vorbestimmt wie durch die Raumplanungsvorschriften des Bundes [489a]. Es könnte möglicherweise sogar eintreffen, dass die Kantone beim Nichtzustandekommen der Raumplanungsgesetzgebung eine fast identische Ausscheidung der Nutzungszonen treffen müssen, um dem Umweltschutz gerecht zu werden. Die Festsetzung niedriger Immissionswerte für Wohnzonen kann eine stärkere Nutzungsentflechtung bewirken als viele Kantone dies heute vorschreiben.

Obgleich eine solche Uebereinstimmung der Verfassungsziele eigentlich anzustreben ist, bringt sie Schwierigkeiten, weil in den beiden Gebieten die verbleibenden kantonalen Kompetenzen verschieden weit reichen: Bei der Raumplanung erlässt der Bund die Grundsätze, den Kantonen steht die Ausführungsgesetzgebung mit einem erheblichen Entscheidungsspielraum zu. Im Umweltschutz ist den Kantonen dagegen nur der Vollzug vorbehalten, allenfalls kommt dazu eine gewisse delegierte Rechtssetzungskompetenz.

Der Bundesgesetzgeber hat in der zu erlassenden Umweltschutzgesetzgebung die beiden sich weitgehend zuwiderlaufenden Grundsätze zu berücksichtigen:

1. Der Umweltschutz als eine der dringendsten Gegenwartsaufgaben muss energisch angepackt werden.
2. Art. 24 septies BV, der die übrige Kompetenzordnung stark überlagert, darf nicht Grundlage einer rücksichtslosen Kompetenzausübung durch den Bund werden, welche weite Bereiche verbleibender kantonaler Kompetenz gegenstandslos macht.

489a) Etwas weniger betonen dies Müller-Stahel/Rausch, 65.

Der Umweltschutz kann nach der Art der Umschreibung den Sachkompetenzen [475] wie auch den Querschnittproblemen zugeordnet werden [476]. Als Sachkompetenz betrachtet besteht die Tendenz der Ueberlagerung und Ausweitung anderer Bundeskompetenzen; diese Komponente wird v.a. von Fleiner [477] betont, womit er in Gegensatz zu Hangartner gerät, der mehr den Aspekt des Querschnittproblems hervorhebt [478]: Diese Sicht bringt für den Bund die Verpflichtung, den Umweltschutz eingebettet in die übrige Kompetenzordnung zu erfüllen, und verlangt die Achtung der kantonalen Kompetenzen überall dort, wo sich di einheitliche Regelung durch den Bund nicht aufdrängt [479]. Diese Betrachtungsweise wird auch eher den andern umweltrelevanten Bundeskompetenzen [480] gerecht, die sonst mehr oder weniger gegenstandslos werden. Für die zu erlassende Gesetzgebung würde sich dann anstelle einer Gesamtkodifikation [481] der Einbau in die Gesetze der traditionellen Sachgebiete auf drängen. Dieses Vorgehen könnte zudem viele spätere Konflikte innerhalb des Bundesrechts vermeiden und den Kantonen die Angst vor der Auslieferung an eine latente Superkompetenz des Bundes nehmen.

Es bleibt aber gleichwohl bei der Tatsache, dass die Zuweisung einer umfassenden Umweltschutzkompetenz, wenn auch einer konkurrierenden, zu Verschiebungen in andern Kompetenzbereichen führt. Auch auf dem Gebiete des Landschaftsschutzes wird sich eine fühlbare Verstärkung der Regelungsmöglichkeit des Bundes zeigen. Fleiner lässt offen, ob aus Art. 24 septies BV

475) Fleiner, Gutachten, 247 f., N.174 ff., Hangartner, Kompetenzverteilung, 93.

476) Hangartner, Kompetenzverteilung, 105 f.

477) Fleiner, Gutachten, 248, N.178

478) Hangartner, Kompetenzverteilung, 105; ebenso Müller-Stahel/Rausch, 62

479) Botschaft zu Art. 24 septies BV, BBl 1970 I 776

480) Z.B. Art. 24 bis Abs. 2 lit. a, 24 quinquies Abs. 2 BV

481) Siehe Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dezember 1973, publiziert in WuR 1975, 331 ff.

3.42 Ausgewählte Bundesaufgaben

3.421 Gewässerschutz

Die schweizerische Gewässerschutzgesetzgebung [493] wirkt in zwei Richtungen landschaftsschützend:

1. Die Reinhaltung der fliessenden und stehenden Gewässer lässt diese landschaftsbestimmenden Elemente wieder gesunden oder verhindert weitere Beeinträchtigungen. Damit wird die Funktion der Gewässer für die Erholung der Menschen und als Lebensraum von Pflanzen und Tieren gesichert [494].
2. Durch die grundsätzliche Beschränkung der Ueberbauung auf ausgeschiedene Bauzonen oder, bei deren Fehlen, auf das generelle Kanalisationsprojekt (GKP) [495] erweist sich das GSchG als Instrument der Raumplanung, die ihrerseits landschaftsschützend wirkt [496].

Sowohl im engeren als auch im raumplanerischen Bereich des Gewässerschutzes entstehen kaum Konflikte mit kantonalem Landschaftsschutzrecht. Die Konkordanz ist aus zwei Gründen sichergestellt:

1. Der Gewässerschutz ist eigentliche Voraussetzung weitergehender kantonaler Schutzmassnahmen des Landschaftsschutzes, in welche Gewässer miteinbezogen werden [497].

493) BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz, GSchG, vom 8. Oktober 1971, SR 814.20). Siehe zum Gewässerschutzrecht die Arbeiten von Bendel, Gewässerschutz, derselbe, Umweltschutzrecht, derselbe, Bundesrecht und autonomes kantonales Recht, Iselin, Kümin, Schindler, Mauch/Müller-Stahel; sowie Imholz, N + H, 146 ff., Hafner, 46 f.

494) Art. 2 GSchG

495) Art. 19/20 GSchG, Art. 25 ff. Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juli 1972 (AllgGSchV, SR 814.201).

496) Siehe dazu oben 3.31, S. 153 ff.

497) Die Fauna und Flora in Gewässern unter Schutz zu stellen ist nur sinnvoll, wenn nicht Abwassereinleitungen den Schutzobjekten die Lebensgrundlage entziehen.

2. Der Gewässerschutz packt das Problem so an, dass er das Verunreinigen verbietet: Damit wird das Schutzgut Wasser gesamtschweizerisch ohne den räumlichen Bezug auf eine Einzellandschaft geschützt, sozusagen indirekter Landschaftsschutz betrieben [498].

Die landschaftsschützende Wirkung der raumplanerischen Komponente des Gewässerschutzes braucht nicht näher dargestellt zu werden [499]: Sie kann die weitere Zersiedelung der Landschaft verhindern [500]; der Gewässerschutz lässt aber keine gestalterische Einwirkung zu und kann nur beschränkt bestehende Beeinträchtigungen beheben.

Ein gewisser Interessenkonflikt zum Landschaftsschutz kann durch die rigorose Anwendung des GSchG dann entstehen, wenn bei schutzwürdigen Bauten Umbauprojekte deshalb nicht bewilligt werden, weil die Erfordernisse des GSchG nicht erfüllt sind [501]. Der Private verzichtet dann möglicherweise auch auf die nicht

498) Landschaftsschutzmassnahmen beschränken ihre Wirkung in der Regel auf ihren räumlichen Geltungsbereich, währenddem der an einem bestimmten Ort vorgenommene Gewässerschutz seine Hauptwirkungen erst im tieferliegenden Raum entfaltet. Dies ist sicher ein wichtiger Grund für einen gesamtschweizerischen Gewässerschutz und darüber hinaus für einen gesamteuropäischen; siehe dazu die Anstrengungen zur Sanierung des Rheins.

499) Siehe dazu v.a. die Arbeit von Iselin.

500) Die Praxis des Bundesgerichts ist erfreulicherweise sehr zurückhaltend, wenn die Erteilung verweigerter Bewilligungen verlangt wird. Siehe zur engen Auslegung des Begriffs der Bauzone BGE 100 Ib 275, E.6, 101 Ib 65, E.5, 193, E.2, 303, E.2; zum Nichtgenügen einer effektiven Anschlussmöglichkeit BGE 101 Ib 305, E.2 c, zu den hohen Anforderungen an die Standortbedingtheit und an das sachlich begründete Bedürfnis BGE 99 Ib 153, E.2, 100 Ib 88, E.2-4, 101 Ib 304, E.2 c.

501) Art. 20 GSchG: "Baubewilligungen für Gebäude und Anlagen ausserhalb des im generellen Kanalisationsprojekt abgegrenzten Gebietes dürfen nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Bedürfnis nachweist ...". Dazu Art. 27 AllgGSchV.

bewilligungspflichtigen Investitionen, weil er mit nur diesen den Gebrauchswert des Hauses zu wenig erhöhen kann [502].

In der Folge lässt er das Gebäude verlottern, und dessen kultureller Wert geht entweder verloren oder muss durch öffentliche Aufwendungen erhalten werden.

Diese unerwünschte Entwicklung kann durch eine vertretbare Auslegung der Begriffe des "sachlich begründeten Bedürfnisses" und der "Standortbedingtheit" vermieden werden: Ein landschaftlich wertvolles Gebäude ist als Bestandteil der Landschaft an den Standort, den es prägt und durch den es geprägt wird, gebunden und kann meines Erachtens eine Ausnahmebewilligung rechtfertigen [503]. Das führt nicht zu einer Durchlöcherung des GSchG, indem die Rechtsgleichheit später eine Gleichbehandlung anderer, nicht schutzwürdiger Gebäude ausserhalb der Bauzone erfordern würde. Standortbedingtheit entsteht erst dadurch, dass ein schutzwürdiges oder geschütztes Gebäude von seinem Standort in der Landschaft nicht zu trennen ist, ohne dass sein Wert verloren geht. Diese Voraussetzung trifft für die meisten Bauten ausserhalb der Bauzone nicht zu, und die Nichtbewilligung ist deshalb nicht rechtsungleich.

Zusammenfassung: Der Gewässerschutz des Bundes ist heute ein wichtiger Teilbereich des Landschaftsschutzes, er ersetzt jedoch kaum je weitergehende Schutzmassnahmen des kantonalen

502) Beispiele: Einbau eines Wasserklosetts, eines Bades oder einer Waschmaschine.

503) Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein "Stöckli", das einen integrierenden Bestandteil des Gehöfts bildet, umgebaut werden soll. Unter Umständen ist der Eigentümer nicht in der Lage, den Umbau zu finanzieren, und möchte das "Stöckli" als eigenes Grundstück abtrennen und verkaufen. Ich erachte es als besser, wenn die Gewässerschutzbewilligung erteilt wird, auch wenn der auswärtige Eigentümer für sich selber kein striktes "sachlich begründetes Bedürfnis" nachweisen kann. Dieses liegt darin, dass als Alternative das "Stöckli" zerfällt oder von seinem Standort entfernt und anderswo aufgebaut wird, wodurch in beiden Fällen die Ensemblewirkung des Gehöfts oder Weilers in der Landschaft verloren gehen kann.

Rechts. Die Kompetenzkumulation führt deshalb zu keinen Anwendungsschwierigkeiten, sondern bewirkt die kumulative Geltung der verschiedenen kompetenzgerechten Rechte.

3.422 Rohrleitungsanlagen

Rohrleitungsanlagen [504] zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe haben in erster Linie wegen der Gefahren, die aus dem Betrieb erwachsen können, eine eingehende Regelung erfahren: Die grosse Transportkapazität und der hohe Betriebsdruck der Rohrleitungen [505] machen jeden Leitungsbruch zu einer Katastrophe. Schon bei kleinen Undichtigkeiten können grosse Mengen ausfliessen oder ausströmen. Erst in zweiter Linie treten neben das Sicherheitsmoment das Schutzbedürfnis anderer öffentlicher Interessen wie der Landesverteidigung, der wirtschaftlichen Versorgung oder des Landschaftsschutzes. Dadurch, dass die Rohrleitungen meist unter die Erdoberfläche verlegt werden, entsteht im offenen Gelände hauptsächlich eine vorübergehende Landschaftsbeeinträchtigung während des Baus [506]; in Wäldern bleibt wegen der Abstandsvorschriften für Bäume [507] eine dauernd sichtbare Schneise bestehen.

Einem schonungsvollen Bau und Betrieb von Rohrleitungen steht vom Landschaftsschutz her sicher nichts entgegen, weil die alternativen Transportmittel eine grössere Umwelt- und Landschafts-

504) Begriff der Rohrleitungen: P. Hess, Rechtliche Behandlung, 10, Detalle, 125 (Begriffsbestimmung aus dem britischen Pipe-lines Act 1962).

505) P. Hess, Rohrleitungsanlagen, 365. Angaben zu den 1967 betriebenen Erdöl-Rohrleitungen in Europa und deren Kapazität, siehe bei P. Hess, Rechtliche Behandlung, 11.

506) Imholz, N + H, 60; gewisse Bewirtschaftungsbeschränkungen müssen allerdings in Kauf genommen werden; dazu P. Hess, Rohrleitungsanlagen, 368.

507) Art. 10 Abs. 2 litt. b der Vo über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen (RLS, SR 746.2) schreibt einen Sicherheitsabstand von 2 m zu stammbildenden Pflanzen vor.

gefährdung bilden [508]. Diese Feststellung trifft jedoch nur zu, wenn das Verfahren der Bewilligung und Kontrolle sicherstellt, dass nicht Landschaftsbeeinträchtigungen vorkommen, die nicht notwendigerweise mit der Erstellung und dem Betrieb zusammenhängen, sondern der Nichtbeachtung oder Vernachlässigung des öffentlichen Interesses am Landschaftsschutz entspringen. Die Erstellung einer Rohrleitung mit einem bestimmten Durchmesser und Betriebsdruck bedarf einer Bundeskonzession [509]. Die kleineren Leitungen unterstehen einer Bewilligungspflicht [510] und der Aufsicht durch die Kantone [511].

Bei den Rohrleitungen fällt der rechtstheoretische Unterschied zwischen der Bewilligung, bei der ein Rechtsanspruch auf Erteilung besteht, sofern die Erfordernisse erfüllt sind, und der Konzession, deren Erteilung in einem mehr oder weniger weiten Ermessen der Behörde liegt, fast vollständig dahin [512]: Im RLG entsteht durch die abschliessende Aufzählung der Verweigerungsgründe [513] praktisch ein Rechtsanspruch auf die Kon-

508) Jedes andere Transportmittel benötigt mehr Energie, weil das Transportgefäss mitgeführt werden muss. Automobile und Eisenbahnen benötigen zudem eine wesentlich grösser dimensionierte Fahrbahn. Vergleichbar "landschaftsfreundlich" könnte höchstens der Wasserweg sein, doch bilden in der Schweiz die relativ engen ausbaubaren Wasserstrassen eine ähnliche Gefahrenerhöhung wie enge Strassen im Vergleich mit Autobahnen.
Die günstige Beurteilung der Rohrleitungen gilt aber nicht für jedes Land: In Gebieten mit unstabilen Bodenverhältnissen oder mit Erdbebengefahr sind oberirdische Transporte in Transportgefässen, die nicht wie Rohre fest mit dem Boden verbunden sind, der Rohrleitung jedenfalls vorzuziehen.

509) Art. 2 des BG über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (RLG, SR 746.1).

510) Art. 42 RLG, P. Hess, Rechtliche Behandlung, 136 ff., 144 ff.

511) Art. 43 RLG

512) Siehe zu dieser Unterscheidung: Imboden/Rhinow, Nr. 118 B II, 119, 132 B I. Siehe auch Peter Saladin, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR 1975 II 326. Für die Rohrleitungen: Detalle, 19 ff., P. Hess, Rechtliche Behandlung, 200 ff., 221 f.

513) Art. 3 RLG

zessionserteilung; auf der andern Seite richten sich die Kantone, die zumeist keine besonderen Rohrleitungsgesetze haben [514], nach den Konzessionierungsgrundsätzen des RLG aus [515]. In zwei Richtungen muss diese Uebereinstimmung in der Bewilligungspraxis noch präzisiert werden:

1. Der grosse Anwendungsspielraum bei den Verweigerungsgründen [516] bringt mit sich, dass ein Bewilligungsanspruch kaum zum voraus berechenbar ist. Es entsteht sowohl für Behörden des Bundes und der Kantone ein Ermessen, das einerseits die Grenze zwischen Bewilligung und Konzession noch stärker verwischt, aber andererseits auch Anlass zu Anwendungsunterschieden sein kann.

2. Dadurch, dass die von den Kantonen zu bewilligenden Rohrleitungen meist Zweigleitungen von Hauptsträngen mit Bundeskonzession sind [517], werden die Kantone bei der Anführung von Verweigerungsgründen eingeschränkt: Es ist kaum sinn-

514) P. Hess, Rohrleitungsanlagen, 374, nennt bis 1973 nur den Kanton Graubünden.

515) Art. 42 Abs. 2 RLG erklärt die Verweigerungsgründe von Art. 3 litt. a-d RLG für die Kantone verbindlich. P. Hess, Rechtliche Behandlung, 199.
Auf die Rohrleitungs"bewilligungen" durch die Kantone vor Erlass des RLG kann nicht näher eingegangen werden. Das Vorgehen der Kantone mittels Verträgen ist vom Legalitäts- und Gewaltenteilungsprinzip aus problematisch, doch wäre auch heute mangels ausdrücklich geregeltem kantonalem Bewilligungsverfahren das Mittel des verwaltungsrechtlichen Vertrages noch nicht ausgeschlossen. In Kantonen mit leistungsfähigem Bau- und Planungsrecht kann auch das Baubewilligungsverfahren genügen: Die Kriterien von Art. 3 RLG treten in diesen Fällen zu den Anforderungen für das Bauen ausserhalb der Bauzonen hinzu.

516) Neben den weitgefassten Art. 3 litt. a-d RLG verweist litt. f darüber hinaus auf "andere zwingende Gründe öffentlichen Interesses".

517) Z.B. für das umfangreiche Leitungsnetz der Erdgasverbundleitungen. Erdölleitungen benötigen meist nicht ein feineres Verteilnetz, sondern werden zur Raffinerie geführt und von dort mit andern Verkehrsmitteln weitertransportiert.

voll, eine Hauptleitung nutzlos durch das Kantonsgebiet zu ziehen, zudem könnte eine vollständig andere Würdigung der Verweigerungsgründe vom Bundesgericht als der Handels- und Gewerbefreiheit widersprechend oder willkürlich beurteilt werden [518].

Vor der Erteilung einer Konzession durch den Bundesrat wird das Konzessionsgesuch den Kantonen zur Kenntnis gebracht und sein wesentlicher Inhalt im Bundesblatt veröffentlicht [519]. Die Kantone und interessierten Bundesstellen reichen Vernehmlassungen ein, darüber hinaus kann "jedermann, dessen Interessen durch die geplante Rohrleitungsanlage beeinträchtigt werden" [520], seine Einwendungen machen [521].

518) Eine andere Würdigung desselben Sachverhaltes durch verschiedene Behörden verletzt an sich Art. 4 BV nicht (dies wäre ein Anspruch auf Gleichbehandlung durch verschiedene Gemeinwesen oder Behörden, den das Bundesgericht nicht zugesteht). Es ist deshalb ohne weiteres möglich, dass der Kanton Auflagen hinzufügt, die in der Bundeskonzession fehlen. Verweigert er jedoch die Bewilligung, könnte damit die Intensität der Andersbehandlung erreicht werden, welche das Bundesgericht als "ohne sachlichen Grund" qualifiziert.

519) Art. 6 Abs. 2 RLG, siehe z.B. das Konzessionsgesuch für eine Erdgasleitung Pratteln-Hagnau-Arlesheim im BBl 1975 I 1280 ff.

520) Art. 2 Abs. 3 RLG

521) Es handelt sich dabei offenbar nicht um eine Einsprache mit voller Parteistellung des Einsprechers, sondern eher um die Mitteilung von Bedenken gegen das Projekt, denn die Auseinandersetzung findet erst bei der allfälligen Enteignung oder bei der Planauflage statt.
Art. 19 ff. Rohrleitungsverordnung (RLV, SR 746.11) spricht dann gleichwohl von "Einsprachen". Die Kommission, die das Gesuch zu begutachten und auch eine mündliche Verhandlung über die Einwendungen zu führen hat (Art. 6 Abs. 4 RLG), darf aber m.E. nicht (wie z.T. bei Einsprachen gegen Baugesuche) formalistische Legitimationserfordernisse aufstellen und nur klare Eigeninteressen des "Einsprechers" in Erwägung ziehen, sondern sie sollte unbedingt auf geltend gemachte öffentliche Interessen eintreten und diese an der mündlichen Verhandlung erörtern.
Der Begriff der "Einwendung" wird allerdings in der Botschaft zum RLG nicht näher erläutert (BBl 1962 II 816); in den Beratungen im Parlament wurde Art. 6 in beiden Kammern diskussionslos angenommen.

Ueber die Konzessionserteilung entscheidet der Bundesrat [522] auf Antrag der begutachtenden Kommission. Wer Einwendungen vorgebracht hat, "erhält Mitteilung, ob und in welcher Weise diese berücksichtigt worden" sind [523].

Ein eigentliches Einspracheverfahren findet bei der Plangenehmigung statt: Nach der Planauflage in den Gemeinden [524] kann "jeder in seinen Interessen Verletzte" Einsprache erheben [525]. Der Entscheid des EVED [526] kann entgegen dem Wortlaut des RLG mit verwaltungsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden [527]. An das Plangenehmigungsverfahren schliesst sich noch das Enteignungsverfahren an, in dem über strittige Entschädigungen entschieden wird [528]. In diesem Stadium kann nicht mehr verlangt werden, dass das Grundeigentum nicht für die Rohrleitung beansprucht werden dürfe; das käme einer Planänderung gleich, die in diesem Verfahrensstadium nicht mehr erwirkt werden kann [529].

Die ausdrückliche Erwähnung in Art. 3 litt. a RLG, dass die wesentliche Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes einen Verweigerungsgrund darstellt, weist darauf hin, dass die Landschaftsschutzmassnahmen im Konzessionierungs- und nicht

522) Art. 5 RLG

523) Art. 21 Abs. 2 RLV

524) Art. 32 Abs. 2 RLV

525) Art. 22 Abs. 2 RLG

526) Die Aufsichtsbehörde, das AEW (Art. 1 RLV), führt das Einigungsverfahren durch (Art. 34 RLV) und entscheidet nach Art. 35 RLV "im Einvernehmen mit den anderen interessierten eidgenössischen Behörden ... über die Begehren ... in den Einsprachen". Das ist jedoch nicht der formelle Plangenehmigungsentscheid, der gemäss Art. 23 RLG durch das EVED erfolgt.

527) BGE 98 Ib 280

528) Art. 26 RLG. Die Frage, ob enteignet werden dürfe, wird im Plangenehmigungsverfahren erledigt (P. Hess, Rohrleitungsanlagen, 388), das Enteignungsrecht wird dem Konzessionär schon im Konzessionierungsverfahren zugesprochen (Art. 10 RLG). Siehe auch H. Hess, 388.

529) Art. 26 Abs. 2 RLG, BGer in ZBl 1976, 158 ff.

erst im Plangenehmigungsverfahren getroffen werden. Dies ist auch deshalb dringend notwendig, weil in der Konzession die Linienführung schon sehr detailliert umschrieben wird [530]. In der Folge ist es eine unglückliche Lösung, wenn "die öffentlich anerkannten Naturschutzgebiete sowie die unter öffentlichem Schutz stehenden Baudenkmäler" [531] erst in den Uebersichtsplänen im Plangenehmigungsverfahren aufzuführen sind und nicht schon im Konzessionierungsverfahren [532]. Es wäre wichtig, die schon geltenden Schutzmassnahmen in dem Stadium zu kennen, in dem die entscheidenden Auflagen formuliert werden müssen. Allerdings kann der Landschaftsschutz als Einwendung gegen die zu erteilende Konzession vorgebracht werden. Im Plangenehmigungsverfahren bestünde dagegen die Möglichkeit, notwendige Schutzmassnahmen vor dem Bundesgericht durchzusetzen. Indem das Bundesgericht "grundsätzlich freie Kognition" [533] beansprucht, könnte es von der Beurteilung der Konzessionsbehörde abweichen; es auferlegt sich jedoch bei der Würdigung von Schlussfolgerungen von Experten [534] und bei

530) Siehe als Beispiel BBl 1975 I 1280. Eine genaue Festlegung der Linienführung ist notwendig, damit überhaupt erkennbar ist, wessen Interessen beeinträchtigt sein könnten. Vom Landschaftsschutz her wäre es dagegen erwünscht, nur eine sehr grobe Linienführung festzulegen, die nachher im Plangenehmigungsverfahren im Einvernehmen mit Kanton, Gemeinden und Grundeigentümern genau fixiert würde. Aehnlich liegt die Problematik bei der Linienführung und den generellen Projekten der Nationalstrassen, siehe dazu oben 3.333, S. 197 ff.

531) Art. 27 Abs. 1 RLV

532) Diese "Fehlplazierung" des Anführens der (kantonalen) Landschaftsschutzmassnahmen ist v.a. deshalb zu bedauern, weil bei den Rohrleitungen das von mir postulierte Vorgehen, das kantonale Recht einzuhalten, auf diese Art erstmals offen in die Wege geleitet wird. Der verspätete Zeitpunkt führt wahrscheinlich meist nur noch zu einer "Schonung" der Landschaft, die sich auf das äussere Bild beschränkt, und kaum je zu einer "ungeschmälerten Erhaltung", wie sie bei frühzeitiger Berücksichtigung oft möglich (und nach dem Verfassungsauftrag auch geboten) wäre.

533) BGE 98 Ib 430

534) BGE 98 Ib 430, 96 I 291

Beschwerden gegen die Linienführung von öffentlichen Werken allgemein [535] grosse Zurückhaltung, so dass eine andere Wertung des Landschaftsschutzes zwar möglich, aber sicher nicht häufig sein wird.

Auch die publizierte Praxis der Verwaltungsbehörden zeigt, dass Einwände des Landschaftsschutzes im Plangenehmigungsverfahren keine grosse Aussicht auf Erfolg haben [536]. Das ist auch nicht zu beanstanden, wenn bei der Erteilung der Konzession der Landschaftsschutz wirklich berücksichtigt worden ist. Um das sicherzustellen, wären allerdings ein gesamtschweizerisches Versorgungskonzept [537] und umfassendere kantonale Landschaftsschutzgebiete Voraussetzung.

Zusammenfassung: Rohrleitungsanlagen bilden in erster Linie ein Problem des Umweltschutzes als Schutz des Menschen vor Beeinträchtigungen seiner Gesundheit, und erst in zweiter Linie betreffen sie den Landschaftsschutz. Dieser ist vornehmlich im Konzessionierungsverfahren des Bundes oder im Bewilligungsverfahren der Kantone zu berücksichtigen und nicht erst im nachfolgenden Plangenehmigungsverfahren.

Der Landschaftsschutz bedarf zu seiner Verwirklichung einer Koordination des Verfahrens in der Art, dass der behördliche Entscheid, welche Schutzmassnahmen zu treffen sind, im gleichen Verfahrensschritt erfolgt, in dem die andern am Verfahren Mitwirkenden (Kantone, Gemeinden, interessierte Amtsstellen, private Einsprecher und Organisationen des Landschaftsschutzes) mit Aussicht auf Erfolg ihren Standpunkt vertreten können, insbesondere ein Rechtsmittel gegen einen negativen Entscheid haben.

535) Siehe dazu BGE 98 Ib 216 ff., insbes. E.2 b.
536) Siehe dazu VPB 1968/69 Nr. 92, 1973 Nr. 25, 65, 1974 Nr. 81.
537) Das fordert auch P. Hess, Rohrleitungsanlagen, 379.

3.423 Kernkraftwerke

Beim Bau von Kernkraftwerken steht wie bei den Rohrleitungsanlagen der Gesichtspunkt des Schutzes des Menschen vor gesundheitlicher Beeinträchtigung im Vordergrund: Die Gefahr der ionisierenden Strahlung - sei es bei Unfällen, bei Pannen, bei der Entsorgung oder durch Daueremissionen - und die Frage der Kühlung sind hauptsächlich Umweltschutzgesichtspunkte. Der Landschaftsschutz wird durch die umweltschutzbezogenen Normen indirekt berührt, darüber hinaus wird das Landschaftsbild durch die Bauten der Kernkraftwerke intensiv beeinflusst.

Die äusseren Abmessungen der Kernkraftwerkbauten sind grösser als bei den meisten bei uns üblichen Bauten. Schon das Reaktorgebäude ist höher als die in den meisten Kantonen zugelassenen Hochhäuser [538]; noch viel massiger sind die meistens notwendigen Kühltürme [539]. Solche Masse erreichen bisher in unserem Land nur die Staumauern in den Alpentälern. Diese sind jedoch zwischen Abhänge hineingebaut und integrieren sich damit einigermassen in die Umgebung. Die Kühltürme erheben sich dagegen in ebenerem Gelände und sind Erhebungen, die auf weite Distanz auffallen. Sie könnten grössenmässig etwa mit den Pyramiden von Gizeh verglichen werden.

Im Zusammenhang mit dem Landschaftsschutz sollen zwei Teilbereiche betrachtet werden:

1. Wie sind die Kompetenzen von Bund und Kantonen im Bewilligungsverfahren verteilt und koordiniert?

538) Fischer, 89, gibt eine "Höhe von gegen 70 m" an.

539) Am 5. März 1971 beschloss der Bundesrat, im Rhein-Aare-System keine direkte Flusswasserkühlung mehr zuzulassen. Damit werden voraussichtlich alle weiteren Kernkraftwerke mit Kühltürmen gebaut werden müssen.
Die Ausmasse der Kühltürme: Fischer, 89: "Höhen von über 100 m und nahezu ähnlich grosse Durchmesser an der Basis". Projekt KKW Kaiseraugst: Zwei je 115 m hohe Kühltürme, Basis 92 m (BGE 99 Ia 260), Projekt KKW Rüthi: Ein 150 m hoher Kühlturm (Imholz, N + H, 66), Projekt Gösgen-Däniken: Ein Kühlturm, Höhe 147 m, Basisdurchmesser 119 m (ZBl 1974, 88)

2. Wann ist die Frage des Landschaftsschutzes, durch wen und nach welchem Recht zu prüfen?

Nicht untersucht werden die rechtlichen Hauptpunkte der gegenwärtigen Revision des AtG [540], die Frage nach dem Konzessions- oder Bewilligungssystem [541] und die Entsorgung, d.h. die Wiederaufbereitung oder Lagerung der verbrauchten Kernbrennstoffe.

Die zahlreichen Bewilligungen, die für die Erstellung und den Betrieb eines Kernkraftwerkes notwendig sind, können in zwei Gruppen aufgeteilt werden:

1. Die nuklearen Bewilligungen des Bundes.
2. Weitere mit der Erstellung von Bauten, dem Betrieb von Werken oder dem Umgang mit gefährlichen Gütern verbundene Bewilligungen des Bundes und der Kantone.

Der Vorbehalt anderer Bundesbewilligungen [542] braucht nicht näher behandelt zu werden, denn er zeitigt sicher keine Auswirkungen auf den Landschaftsschutz.

Die Kompetenz des Bundes aus Art. 24 quinquies BV ist umfassend, jedoch konkurrierend [543]. Daraus folgt, dass nach Erlass des AtG die Kantone "auf dem Gebiete der Atomenergie" keine eigenen Befugnisse mehr haben, sondern nur die allenfalls durch die Bundesgesetzgebung eingeräumten.

540) BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dezember 1959 (SR 732.0).

541) Siehe dazu immerhin oben 3.422, S. 210, und die Bemerkung von Rhinow, Kaiseraugst, 75, Anm. 6.

542) Art. 4 Abs. 3 AtG nennt "die Ueberwachung des Kriegsmaterials" und "Massnahmen auf dem Gebiete der Ein-, Aus- und Durchfuhr". Dazu können noch die Bundeskompetenzen im Bereich der Wasserwirtschaft und Wasserpolizei und (umstritten) der Wirtschaftspolitik genannt werden.

543) BGE 99 Ia 256 nennt die Bundeskompetenz eine "ausschliessliche", verwendet aber damit den Begriff anders als Hangartner, auf den ich mich stütze, denn sonst wäre der Verweis auf Aubert, der Art. 24 quinquies BV als "compétence concurrente, non limitée aux principes" bezeichnet (Droit constitutionnel, No. 702), unverständlich. Siehe dazu auch Rhinow, Kaiseraugst, 78, insbes. Anm. 19, Gygi, Kernkraftwerke, 270.

Ausgehend von dieser klaren Kompetenzverteilung ergibt sich für die Auslegung von Art. 4 AtG folgendes:

1. Der Bund hat alle "nuklearen Fragen" in den Bereich seiner Bewilligung gezogen. Es ist nur noch nicht geklärt, ob bei Kompetenzkumulationen mit kantonalem Recht das AtG das kantonale Recht verdränge.

2. Durch den Verweis auf die polizeilichen Befugnisse der Kantone stellt der Gesetzgeber das Vorhandensein der Kompetenzkumulation fest und erklärt, mit dem AtG solle nicht in andere Rechtsbereiche übergegriffen und dort Kompetenzverschiebungen zugunsten des Bundes vorgenommen werden [544]. Ob Art. 4 Abs. 3 AtG als echter oder unechter Vorbehalt des kantonalen Rechts aufgefasst wird, spielt für den Stellenwert der kantonalen Bewilligungen keine entscheidende Rolle:

   Ist er ein unechter Vorbehalt, d.h. ein blosser Verweis auf die durch die Bundeskompetenz auf dem Gebiete der Atomenergie nicht tangierten kantonalen Kompetenzen, liegt eine Kompetenzkumulation vor, bei der die Kompetenzen des Bundes und der Kantone unabhängig voneinander ausgeübt werden. Der Vorbehalt zugunsten anderen Bundesrechts im selben Absatz, der sicherlich ein unechter ist, deutet auf diese Auslegung hin [545]

   Sieht man in Abs. 3 einen echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts, die Einräumung einer kantonalen Befugnis auf dem Gebiete der Nutzung der Atomenergie, hätte der Bund die Kompetenzkumulation derart gelöst, dass im Falle von widersprüchlichen Rechtsfolgen das kantonale Polizeirecht seinen Geltungsanspruch auch neben dem Bundesrecht durchsetzen kann.

   Nicht in Betracht ziehe ich die dritte Möglichkeit, dass der Bundesgesetzgeber hier eine rechtlich bedeutungslose Beschwichtigungsformel aufgenommen habe, welche die Opposition der Kantone gegen das Gesetz unterlaufen sollte.

544) Das geht auch aus dem Ingress des AtG hervor, wo neben dem Art. 24 quinquies BV nur die Art. 64 und 64 bis aufgeführt werden, nicht aber die auch denkbaren Art. 24, 24 bis, 24 quater, 34 BV.

545) So auch BGE 99 Ia 257, E.5 c, VerwGer SO in ZBl 1974, 88, VerwGer AG in ZBl 1973, 401.

3. Weder die Botschaft [546] noch die parlamentarischen Beratungen äussern sich zur Tragweite des Verweises auf das kantonale Polizeirecht. Die Bestimmung wurde diskussionslos und einstimmig in beiden Räten angenommen [547]. Das historische Auslegungskriterium gibt keine Anhaltspunkte.

4. Die Formulierung "Die polizeilichen Befugnisse ... der Kantone ... bleiben vorbehalten" deutet auf eine vom Bund unabhängige Bewilligungserteilung durch die Kantone hin. Andernfalls würde es heissen: "Dem kantonalen Recht ist Rechnung zu tragen ..." oder "das kantonale Recht ist zu berücksichtigen". Es ist auch klar, dass die Kantone nicht Bundesrecht, sondern ihr eigenes Recht anzuwenden haben, das auf einen zusätzlich auch vom Bundesrecht erfassten Sachverhalt Anwendung findet.

5. Zur Ermittlung der Tragweite von Abs. 3 können Verweise auf das kantonale Polizeirecht in anderen Bundeserlassen herangezogen werden. Es gibt die folgenden Gruppen der Auseinandersetzung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht einerseits und Bundesbehörden und kantonalen Behörden andererseits [548]:

   a) Die Bundesorgane handeln gestützt auf das Bundesrecht ohne vorgeschriebene Berücksichtigung des kantonalen Rechts und Anhörung der kantonalen Behörden [549].

546) BBl 1958 II 1541 äussert sich zu Art. 4, jedoch kaum zu Abs. 3: Es wird nur betont, es sollten "keinesfalls bestehende Befugnisse ... der Kantone beschnitten werden".

547) Sten Bull StR 1959, 105, NR 1959, 620.

548) Die Zusammenstellung ist nur summarisch. Sie enthält in den für diese Arbeit relevanten Gruppen auch beispielhafte Hinweise auf Rechtsgebiete, die mit dem Landschaftsschutz wenig oder keine Beziehung haben. Damit soll gezeigt werden, dass die für die Kernkraftwerkbewilligungen vertretene Position auch in andern Rechtsgebieten vorkommt und unbestritten ist. Die Verweise bei den Beispielen in den Anmerkungen sind bewusst knapp gehalten. Ich verzichte hier auf Verweise innerhalb der Arbeit.

549) Z.B. Art. 164 Abs. 3 MO

b) Die Bundesorgane handeln oder erteilen Bewilligungen gestützt auf das Bundesrecht. Die Kantone werden angehört. In einigen Fällen haben die Kantone eine Einsprachebefugnis und ein Rechtsmittel. Es tritt aber keine kantonale Bewilligung zur Bundesbewilligung hinzu; diese ersetzt alle sonst für solche Bauten oder Anlagen erforderlichen kantonalen Bewilligungen [550].

c) Wie b), aber es besteht die ausdrückliche Pflicht der Bundesorgane, das kantonale Recht zu berücksichtigen [551].

d) Zu einer Bundesbewilligung tritt eine selbständige kantonale Bewilligung hinzu [552].

550) Elektrizitätsleitungen: Art. 7 ElG für Schwachstromanlagen, Art. 15 Abs. 3 ElG für Starkstromanlagen (Anhörung der Kantone "in wichtigen Fällen").
Rodungen im Schutzwald bei einer Fläche von mehr als 30 a: Art. 25 bis Abs. 1, 27 bis FPV.

551) Eisenbahnen: Art. 18 Abs. 3 EbG verpflichtet das EVED, "die auf die kantonale Gesetzgebung ... gestützten Anträge ... zu berücksichtigen, soweit sie mit der Bundesgesetzgebung und den Bedürfnissen des Eisenbahnbaues und -betriebes vereinbar sind".
Rohrleitungen mit Bundeskonzession: Art. 3 litt. c RLG. Die Einordnung der Rohrleitungen könnte allerdings auch in der Gruppe b) erfolgen. Art. 3 litt. c nennt "von den Kantonen geltend gemachte wesentliche öffentliche Interessen an der Schaffung oder Wahrung von Siedlungsräumen oder Industriezonen". Darunter können heute die kantonale Raumordnung (= Rücksichtnahme auf geltendes Recht) oder nur darüber hinausgehende qualifizierte, d.h. besonders vorzubringende Einwände verstanden werden.
Luftseilbahnen: Art. 4 Abs. 2 LuftseilbahnVo
Flughäfen: Art. 37 ff. LFV

552) Flugfelder: Siehe dazu oben 3.331, S. 177, Anm. 383.
Berufsausübungsbewilligungen

e) Der Kanton ist zur Bewilligung zuständig, er wendet aber Bundesrecht an (entweder ausschliesslich oder neben kantonalem Recht). Die kantonale Behörde untersteht einer Kontrolle durch Bundesorgane:

- Bewilligungserteilung bedarf der Zustimmung einer Bundesbehörde [553].
- Der Bewilligungsnehmer und/oder eine Bundesstelle haben ein Rechtsmittel [554].
- Die kantonale Tätigkeit untersteht der allgemeinen oder einer besonderen Bundesaufsicht [555].

f) Der Kanton ist allein zur Bewilligungserteilung zuständig und hat nur kantonales Recht anzuwenden.

Die Bewilligungen zur Erstellung von Kernkraftwerken sind eindeutig der Gruppe d) zuzuordnen. Um aber den Grad der Verselbständigung der kantonalen Bewilligung abzustecken, ist sie mit den "benachbarten" Gruppen zu vergleichen. Ist das kantonale Recht durch eine allein bewilligende Bundesbehörde zu berücksichtigen (Gruppe c)), so hat diese unbestrittenermassen die Befugnis, das sonst einer kantonalen Behörde zustehende Ermessen auszuüben. Als wegleitend, aber nicht verbindlich, kann dabei die Vernehmlassung der kantonalen Behörden, welche ihre Praxis zu diesen Fragen aufzeigen, herangezogen werden. Von einer klaren Regelung des kantonalen Rechts darf die Bundesbehörde nur abweichen, wo das Bundesrecht selber eine andere Lösung trifft oder sie dazu ermächtigt [556].

553) Talsperren: Art. 5 TalsperrenVo.
Wasserkraftwerke: Art. 5 Abs. 3 WRG.

554) Rodungsbewilligungen im Schutzwald für Flächen unter 30 a sowie solche im Nichtschutzwald: Art. 25 bis Abs. 1 FPV. Abs. 4 weist die Kantone an, sämtliche Entscheide über Rodungsgesuche dem OFI mitzuteilen.
Gewässerschutzbewilligungen
Grundstückverkäufe an Personen im Ausland (Art. 12 BB über Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, SR 211.412.41)

555) Dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung (Art. 9 Vo zum BMR)

556) z.B. Art. 18 Abs. 3 EbG (siehe oben Anm. 551), Art. 4 Abs. 2 SeilbahnVo.

Hat dagegen der Kanton eine Bewilligung gestützt auf Bundesrecht zu erteilen, so üben die kantonalen Behörden das bundesrechtliche Ermessen aus, dem Bund steht nur die Rechtskontrolle zu [557].

Treten Bewilligungen des Bundes und der Kantone nebeneinander, so ist der Bundesgesetzgeber zweifellos befugt, deren gegenseitiges Verhältnis zu regeln. Das hat er z.B. im Gewässerschutzrecht gemacht, indem er die Erteilung der Baubewilligung von der vorherigen Gewässerschutzbewilligung abhängig macht [558]. Für die wissenschaftlichen Berufe hat die BV [559] den Spielraum der Kantone zum Erteilen der Berufsausübungsbewilligung stark eingeschränkt [560]; liegt aber ein haltbarer Verweigerungsgrund vor, so ist klar, dass die Rechte aus dem Befähigungsausweis auf dem Gebiete des verweigernden Kantones nicht ausgeübt werden können.

557) Mittels der Bundesaufsicht (z.B. Art. 9 Vo zum BMR) oder bundesrechtlicher Rechtsmittel, insbes. der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Siehe aber zum umstrittenen Entscheid des Bundesrates, die Freigabe eines vom BMR geschützten Grundstückes im Fextal durch das Bündner Verwaltungsgericht als Aufsichtshandlung zu widerrufen (ZBl 1974 529) die Kritik von Hangartner, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, in: ZBl 1975, 1 ff.

558) Art. 19 und 20 GSchG. Es handelt sich dabei um die "kantonale Fachstelle für Gewässerschutz", welche "die Zustimmung" erteilt.

559) Art. 33 BV, Art. 5 UebBest BV

560) BGE 98 Ia 596: "... nicht bestritten, dass die kantonale Zulassung zum Anwaltsberuf ausser vom Befähigungsausweis (Art. 33 BV) noch von persönlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden dürfen". Dasselbe dürfte auch für den Arzt mit einem eidgenössischen Fähigkeitsausweis gelten.

Dasselbe gilt auch für das Nebeneinander mehrerer Polizeibewilligungen [561] im Atomrecht: Wie bei mehreren Bewilligungsvoraussetzungen innerhalb einer Bewilligung bewirkt auch bei mehreren Bewilligungen der Wegfall einer einzigen Voraussetzung unter Umständen die Nichtverwirklichung des gesamten Vorhabens, d.h. die Verweigerung einer einzigen Bewilligung macht weitere bestehende Bewilligungen wirkungslos.

Diese Schlussfolgerung trifft meines Erachtens für die Bewilligungen nach Art. 4 AtG eindeutig zu. Kann die Baubewilligung für ein Kernkraftwerk nach dem geltenden kantonalen Recht mit Einschluss der Zonenordnung nicht erteilt werden, können konsequenterweise die erteilten Bundesbewilligungen, vor allem die Standortbewilligung, die unter anderen polizeilichen Gesichtspunkten unter Ausklammerung des kantonalen Rechts erteilt wurden, nicht ausgeübt werden.

Diese für den Bewilligungsnehmer missliche Lage kann entweder durch das Einholen einer generellen Baubewilligung vor der Einreichung des Standortgesuches oder durch die nachträgliche

561) Hier wäre die Sachlage wesentlich komplizierter, wenn das heute von vielen geforderte Konzessionssystem geltendes Recht wäre: Die Konzession kann ein wohlerworbenes Recht begründen, oder sie wird, wie z.B. bei den Helikopter-Flugfeldern, mit dem ausdrücklichen Vorbehalt weiterer kantonaler Bewilligungen verknüpft . Eine rechtmässige Verweigerung weiterer Bewilligungen würde unter Umständen Entschädigungsforderungen nach sich ziehen, von denen zur Zeit völlig ungeklärt ist, wer sie tragen müsste: Der Bund, der die Konzession "voreilig" erteilt hat, oder der Kanton, der sein Recht pflichtgemäss anwendet? Diese Situation müsste ohne Zweifel zur Folge haben, dass eine Konzessionierung und Plangenehmigung nicht mehr wie heute, sondern entsprechend dem EbG, der SeilbahnVo oder dem RLG nur durch den Bund zu erfolgen hätte; die jetzige föderalistische Lösung könnte nicht aufrechterhalten werden (Dies stellt auch Gygi, Kernkraftwerke, 272, fest).

Ausübung politischen Druckes [562] gemeistert werden. Daneben besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung, doch besteht darauf kein Rechtsanspruch, was die Hoffnung auf eine solche angesichts der Millionenbeträge, die vorausgeleistet werden müssen, wohl zu unsicher erscheinen lässt. Diese Beurteilung der Rechtslage, die wohl hauptsächlich in der marktwirtschaftlichen Konzeption des geltenden AtG begründet ist, wird bestätigt durch die Tatsache, dass die Kernkraftwerke die einzigen Werke dieser Grössenordnung sind, für welche das Bundesrecht nicht die Zuerkennung des Enteignungsrechtes vorsieht [563]. Aus dieser Tatsache lässt sich mit Sicherheit schliessen, dass die Standortbewilligung kein Recht auf Einzonung oder Umzonung gibt, wie dies Fischer postuliert [564].

562) Diese Möglichkeit ist heute gang und gäbe, ohne dass damit ein moralisches Unwerturteil verbunden werden muss: Die starke Beteiligung der öffentlichen Hand an den Elektrizitätsunternehmungen bringt für die Personen, welche als Staatsvertreter in Organen Einsitz nehmen, die Ausschaltung eines möglichen Interessengegensatzes zwischen dem speziellen staatlichen Interesse (das sich etwa durch Mehrheitsbeschlüsse der Regierung, des Parlamentes oder der Stimmbürger äussert, aber auch in der einheitlichen Anwendung des kantonalen Rechts bestehen kann) und dem durch die Kraftwerkunternehmung verkörperten generellen "öffentlichen Interesse" an der Energieversorgung. Das führt dazu, dass der Staatsvertreter im Verwaltungsrat (der den Entscheid zeitlich vor der Regierung trifft, die erst mit dem Bewilligungsgesuch befasst wird) in seinem Amt auch die Unternehmensinteressen "vertritt": Er trägt die Beweggründe der Unternehmung in die Regierung hinein und versucht, das Projekt zu "ermöglichen": Er wird wohl nicht Recht verletzen, aber sein Ermessen ist beeinflusst, er tendiert auf Erteilung von Ausnahmebewilligungen, befürwortet "notwendige" Rechtsänderungen.
Siehe dazu z.B. VerwGer AG in ZBl 1973, 413 f., zur Ausstandspflicht von 3 Mitgliedern des aargauischen Regierungsrates: Das Verwaltungsgericht verneint die Ausstandspflicht, weil kein persönliches Interesse vorliege, ohne dass es sich zur faktischen Interessenvermengung ausspricht.

563) H. Hess, 388

564) Fischer, 96. Nicht ganz schlüssig BGE 102 Ia 136.

So unabhängig und beziehungslos, wie es nach den bisherigen Ausführungen scheinen könnte, sind die Bewilligungsverfahren des Bundes und der Kantone wiederum nicht. Die Koordination und Kooperation, die besteht oder doch vorgesehen wäre, verlangt mehrere Präzisierungen:

a) Bei der Koordination der kantonalen Raumplanungen [565] wird der Bund darüber wachen müssen, dass gesamtschweizerisch mindestens soviele Kernkraftwerk-Standorte ausgeschieden sind, für die nach der in Arbeit befindlichen Gesamtenergiekonzeption [566] ein effektives Bedürfnis nachgewiesen wird [567]. Der Bund hat dabei kein Zwangsmittel.

b) Es ist zu berücksichtigen, dass "kantonales Polizeirecht", das Grundlage der Bewilligungen ist, häufig kommunales Recht ist, z.B. der Zonenplan [568]. Es steht also nach geltendem Recht in den meisten Kantonen den Gemeinden offen, durch sparsame Dimensionierung ihrer Industriezone die Erstellung eines Kernkraftwerkes auf ihrem Gebiet zu verhindern [569]. In der Tatsache, dass die Kantons-

565) Gemäss Art. 22 quater Abs. 2 BV

566) Die Notwendigkeit der Beurteilung nach einer Gesamtenergiekonzeption stellt auch das VerwGer SO in ZBl 1974, 89 f., fest.

567) Unter diesem Aspekt scheint es befremdend, dass eine sehr umstrittene Frage bei der Revision des AtG die allfällige Einführung einer Bedürfnisklausel betrifft. Wenn die Aussage in ZBl 1973, 406, stimmt, dass im Kanton Aargau nur in der Industriezone von Kaiseraugst überhaupt noch ein Kernkraftwerk Platz finde, dann könnten ohne vorherige Ausscheidung genügend grosser Industriezonen nur noch in Kantonen mit ungenügendem Baurecht Kernkraftwerke gebaut werden. Ein durch eine Bundeskonzession attestiertes Bedürfnis wäre möglicherweise eine Hilfe für einen positiven Zonierungsentscheid.

568) Der Zonenplan als solcher kann natürlich nicht als "Polizeirecht" bezeichnet werden; er ist aber Grundlage des Baubewilligungsrechtes, das echtes Polizeirecht ist.

569) Nicht beeinflussbar sind damit natürlich Kernkraftwerke auf dem Gebiete der Nachbargemeinden. Ein Mitspracherecht durch Zustimmung angrenzender Gemeinden und Kantone im Sinne der "Volksinitiative für Wahrung der Volksrechte und der Sicherheit von A-Werken" (wiedergegeben bei Gygi, Kernkraftwerke, 276) wäre deshalb ein Novum (Ziff. 4 der Initiative).

regierungen des Standortskantons eher das Kernkraftwerk befürworten [570] und die Standortsgemeinden dagegen opponieren, liegt wahrscheinlich mit ein Grund, dass die Elektrizitätsunternehmungen nicht vehementer gegen eine Aenderung des AtG Stellung nehmen. Für die Bauvorschriften gilt die Feststellung, dass die Gemeinden eine sehr starke Position haben, nur beschränkt: Es sind regelmässig von Gebäudemassen und -gestaltungsvorschriften Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen. Wird eine Ausnahmebewilligung verweigert, so hat die kantonale Beschwerdeinstanz in der Regel auch die Möglichkeit der Ermessenskontrolle, so dass sich die Gemeinde unter Umständen gezwungen sieht, eine nicht genehme Ausnahme zu bewilligen. In diesen Materien befindet sich die endgültige und umfassende Entscheidungsbefugnis nicht mehr bei den kommunalen, sondern bei den kantonalen Behörden [571].

c) Es ist einzuräumen, dass möglicherweise der Gesetzgeber von 1958 von einem Zustand des kantonalen Polizeirechts ausging - ob zu Recht oder zu Unrecht sei dahingestellt -, welcher kaum zur Verweigerung einer Baubewilligung führen konnte, sondern meist nur zu Auflagen oder Gestaltungsvorschriften. Er konnte sich wohl auch kaum vorstellen, dass es in der Schweiz eine Gemeinde geben könnte, die einen so potenten Steuerzahler verschmähen würde und ihm nicht so weit als möglich entgegenkäme, sondern ihn sogar von der Ansiedlung abzuhalten versuchen würde.

Seit 1958 hat sich die Lage insofern auch geändert, dass fast überall eine verbindliche Nutzungsordnung besteht, welche die Standortwahlmöglichkeit stark herabsetzt. Daraus sollten allerdings bei pflichtgemässem Handeln der Bundes-

570) Eine Ausnahme bildet die Genfer Regierung, die gegen das KKW Verbois opponiert (VPB 1976 Nr. 16). Siehe jetzt den noch nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid vom 23. März 1977.

571) Siehe dazu den Beschluss der Aargauer Regierung, der Anlass zum Urteil des VerwGer AG (ZBl 1973, 400 ff.) gab. Ausführlich zu dieser Frage BGE 99 Ia 252 ff., E.3.

behörden keine Widersprüche zum kantonalen Recht entstehen: Berücksichtigung der kantonalen Raumplanung bei der Erteilung der Standortbewilligung bedeutet, dass als ein Bewilligungserfordernis die Zonenkonformität des Kernkraftwerkprojektes gegeben sein muss oder mindestens die Zusicherung der zuständigen kantonalen Organe vorliegen muss, dass eine Umzonung vorgenommen werden wird. Andernfalls verletzt das EVED die seit dem 14. September 1969 unmittelbar aus Art. 22 quater Abs. 2 BV fliessende Zusammenarbeitsverpflichtung mit den Kantonen.

In der Praxis wird aber offenbar das neue, zu den ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 AtG genannten hinzutretende Bewilligungserfordernis der Uebereinstimmung mit den kantonalen Raumplanungen zu wenig berücksichtigt [572].

d) Grenze der Setzung kantonaler Bewilligungserfordernisse und ihrer Anwendung ist die Bundestreue. Kantonales Recht soll

572) Sonst wäre der Fall Verbois (VPB 1976 Nr. 16), in welchem sich der Genfer Staatsrat beschwert, dass ohne eine vorherige Umzonung vom EVED eine Standortbewilligung erteilt wurde, unmöglich.
Der Bundesrat verwies die Geltendmachung des kantonalen Raumplanungsrechts im Kompetenzkonflikt vor das Bundesgericht, welches in einem noch nicht publizierten Entscheid vom 23. März 1977 die Feststellungsklage des Kantons Genf vollumfänglich schützte: Kernkraftwerke können demnach nach geltendem AtG nur an einem Standort errichtet werden, an welchem sie nach dem kantonalen Recht zonenkonform sind, d.h. die Standortbewilligung des Bundes gibt keinen Anspruch auf den Bau des KKW, sondern stellt nur fest, dass keine bundesrechtlichen Schranken entgegenstehen. Die Nutzungsordnung des Kantons (resp. der Gemeinde) ist nicht ein "öffentliches Interesse, (dessen) Wahrung ins bundesrechtliche Bewilligungsverfahren nach AtG verwiesen ist" (BGE 99 Ia 257 f.) und folglich einer Würdigung durch die kantonalen Behörden entzogen ist. In dieser Hinsicht hat offenbar die bernische Regierung den BGE Kaiseraugst falsch verstanden, wenn sie das KKW Graben in einer Landwirtschaftszone bewilligen liess, in der es nach BE-BauG unzulässig wäre. Im BGE Verbois stellte das Bundesgericht dieselbe kantonale Zuständigkeit für die Erteilung der kantonalen Wasserentnahmekonzession fest, die durch den Entscheid über das Kühlsystem in der Standortbewilligung keineswegs präjudiziert ist.

dann neben dem Bundesrecht Bestand haben, wenn es einem haltbaren öffentlichen Interesse entspringt, dem Geist des Bundesrechts nicht widerspricht und das Bundesrecht nicht vereitelt [573]. Im Vordergrund steht die Frage, ob die Verweigerung einer kantonalen Bewilligung eine Vereitelung des Bundesrechts bedeute. Eine solche liegt sicherlich nicht schon darin, dass der Kanton ein ausdrücklich im Bundesrecht vorbehaltenes Bewilligungsverfahren durchführt. Die Vereitelung des Bundesrechts müsste deshalb darin gesucht werden, dass das kantonale Recht nur darauf gerichtet ist, den Bau von Kernkraftwerken generell oder den eines bestimmten Projektes zu verhindern. Dieser Vorwurf kann nur den kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber treffen. Es wird nicht einfach sein, positiv nachzuweisen, dass die Verhinderung einziger gesetzgeberischer Zweck sei. Der Erlass wäre an der ständigen Formel des Bundesgerichts zur Rechtsgleichheit bei der Rechtssetzung zu messen: Danach verstösst ein gesetzgeberischer Erlass gegen Art. 4 BV, "wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt, sinn- und zwecklos ist oder rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist" [574]. Der kantonalen ausführenden Behörde kann wohl kaum zugemutet werden, dass sie geltenden kantonales Recht nicht anwendet. Die "Vereitelung" des Bundesrechts könnte nur darin gesehen werden, dass sie Ausnahmebewilligungen, die notwendig sind, nicht erteilt. Es ist allerdings fraglich, ob speziell für Kernkraftwerke der sonst verneinte Rechtsanspruch auf Ausnahmebewilligung gelten solle. Um mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, es liege eine Vereitelung des Bundesrechts vor, müsste diese aus dem Zweck des Atomrechts begründet werden: Sofern das

573) Siehe oben 2.66, S. 70 ff., 2.8, S. 80, Ziff. 5

574) BGE 100 Ia 291, siehe auch BGE 100 Ia 43, 212, 328 und dortige Hinweise.

AtG einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf den Bau eines Kernkraftwerkes verleiht, kann allenfalls in der rechtmässigen Geltung des kantonalen Rechts eine Vereitelung des Bundesrechts liegen [575].

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass kein Anlass besteht, davon abzugehen, dass die Vorschriften "des allgemeinen kantonalen und kommunalen Baurechts auch gegenüber Atomkraftwerken Geltung" [576] haben.

6. Von den Befürwortern einer Reduktion "der kantonalrechtlichen Bewilligung auf einen rein formellen Akt" [577] wird im ausschlaggebenden Argumentationsstadium immer auf das teleologische Element zurückgegriffen und behauptet, eine uneingeschränkte Anwendung des kantonalen Polizeirechts widerspreche dem Sinn und Zweck des Atomrechts des Bundes [578].

Die teleologische Auslegung versucht, den Zweck einer Norm zu ermitteln. Ist der Zweck der einzelnen Norm nicht eindeutig ersichtlich, so muss häufig auf den Zweck des gesamten Gesetzes zurückgegriffen werden.

Der Sinn des Art. 4 AtG scheint klar: Innerhalb der Regelung der Atombewilligungen müssen vorerst die Sachverhalte umschrieben werden, welche von der Bewilligungspflicht überhaupt erfasst werden sollen. Es wird Gegenstand und Umfang der Bewilligung festgehalten:

Abs. 1 klärt, welches die Bewilligungsgegenstände sind: Litt. a-c umschreiben Tätigkeiten, bei welchen Radioaktivität freiwerden könnte. Es wird damit festgehalten, dass der Zweck der Bewilligung die Sicherung der Umwelt vor ionisie-

575) Siehe dazu ausführlich in Ziff. 6

576) VerwGer AG in ZBl 1973, 403.

577) Die Formulierung ist dem Gutachten Gygi/Huber, zitiert bei Fischer, 97, entnommen. Das will nicht heissen, dass die beiden Gutachter für den gesamten Bereich der kantonalen Bewilligung diese Auffassung vertreten.

578) Siehe z.B. Fischer, 97, BGE 99 Ia 257, E.5 c; BGE 102 Ia 135.

render Strahlung ist, also polizeiliche und nicht wirtschaftspolitische Beschränkungen. Es wird damit auch dargetan, dass offenbar andere Aspekte als die nukleare Gefährdung nicht vom AtG erfasst werden.

Litt. d will "nicht notwendige Gefährdungen" von der Schweiz fernhalten, indem die Ausfuhr von Energie bewilligungspflichtig erklärt wird [579]. Diese Bestimmung weist neben der indirekten polizeilichen Motivation auch wirtschaftspolitische Elemente auf; sie braucht aber hier nicht eingehend erläutert zu werden.

Abs. 2 delegiert eine damals noch nicht überschaubare Materie, die hier nicht von Belang ist, an den Bundesrat.

Der Vorbehalt von Abs. 3 zeigt noch deutlicher als Abs. 1, dass sich die Massnahmen des Bundes nur auf die aus der Nutzung der Atomenergie erwachsenden Gefahren beziehen [580]. Diese Beschränkung des Bewilligungszweckes tritt besonders deutlich durch den Vorbehalt der übrigen Bundesgesetzgebung zutage, umstrittener dürfte es für die kantonale Bewilligung sein.

Bei diesen letzten Aussagen wird die Problematik der teleologischen Auslegung offenbar: Die vorgebrachten Argumente beschränken sich nicht mehr auf den Zweck der einzelnen Norm, sondern bringen die Vorstellung vom Zweck des ganzen AtG mit hinein. Dieser soll jedoch nur subsidiär neben den ermittelten Zweck der Einzelnorm treten, darf aber diesen nicht verdrängen. Sonst würde eine gesetzgeberische Grundvorstellung genügen, an welcher sich die Praxis frei entfalten könnte, und der Rest des Gesetzes wäre überflüssig. Die wortgetreue Auslegung der Einzelnorm darf nur verlassen werden, wenn ein klarer Widerspruch zum Zweck des ganzen Gesetzes entsteht. Die-

579) Entsprechend der Regelung für die aus Wasserkraft erzeugte Energie (Art. 8 WRG).

580) Man könnte sogar behaupten, mit Ausnahme der Art. 2 und 3 sei das AtG nur ein Strahlenschutzgesetz.

ser ist, nach meinem Dafürhalten, der Schutz des Menschen und der unbelebten Natur vor Schädigungen durch die ionisierende Strahlung. Ohne nähere Begründung wird jedoch behauptet, das AtG bezwecke "die Ermöglichung des Baues von Atomkraftwerken" [581] und "die Nutzung der Kernenergie zu fördern" [582]. Dieser Zweck ist dem AtG sicher nicht abzusprechen, wenn es gilt, die Beschränkung auf ein Polizeigesetz zu begründen: Indem der Bund die Nutzung der Kernenergie der Privatinitiative überliess, traf er die unserem Wirtschaftssystem angepassteste Förderungsmassnahme, die freie Marktwirtschaft möglichst nicht einzuengen und nur diejenigen Beschränkungen einzuführen, welche zum Schutz anderer Rechtsgüter unerlässlich sind. Was aber kaum angeht, ist, von einem so unscharf umschriebenen Gesetzeszweck auf die Nichtanwendung klarer kantonaler Normen des Polizeirechts zu schliessen. Der Zweck einer aktiven Förderung des Kernkraftwerkbaues kann nicht aus dem AtG abgeleitet werden, ausser wenn man die indirekte Förderung durch Unter-

581) Fischer, 97, unter Verweis auf das Gutachten Gygi/Huber.

582) BGE 99 Ia 257. Auch das Bundesgericht stützt sich da indirekt auf das Gutachten Gygi/Huber, das (zitiert nach Fischer, 97) bei diesem Passus auf drei Stellen im BBl verweist. Schlägt man diese Belege nach, ist nur schwer ersichtlich, wie sie den Beleg erbringen sollen: BBl 1957 I 1141, 1157 ist die Botschaft zum Verfassungsartikel. Auf S. 1141 wird die künftige Bedeutung der Atomenergie beschrieben, woraus noch abgeleitet werden kann, dass der Bund dessen Nutzung für notwendig halte. S. 1157 erläutert die vorgeschlagene Fassung des Art. 24 quinquies BV und unterstreicht die Auffassung des Bundesrates, dass die Nutzung der Atomenergie auf privatwirtschaftlicher Basis erfolgen solle. BBl 1958 II 1525 - die Botschaft zum AtG - erläutert die möglichen Lösungen der Atombewilligungen. S. 1528 begründet der Bundesrat, weshalb er das polizeiliche Bewilligungssystem als das beste ansieht. Daraus wäre eher zu schliessen, dass der Bund auf eine aktive Förderung der Atomwirtschaft bewusst verzichtet und sie der freien Entwicklung überlässt, also auch der unbeeinflussten Auseinandersetzung mit dem kantonalen Recht.
Etwas zurückhaltender BGE 102 Ia 135.

stützung von Forschungsanstrengungen damit meint. Sonst wird die Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes[583] übermässig strapaziert und läuft dem Sinn und Zweck juristischer Auslegung zuwider.

Das teleologische Auslegungselement untermauert vielmehr die Deutung, dass sich die Bewilligung des Bundes auf die nuklearen Fragen beschränkt und nicht auf andere Sachgebiete übergreift. Wir haben im Atomrecht damit eine der nicht häufigen Kompetenzkumulationen, in welchen der Gesetzgeber das kompetenzgerechte kantonale Recht nicht zurückdrängt, sondern ausdrücklich vorbehält, die Anwendung durch die zuständigen kantonalen Organe miteingeschlossen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es keine Gesichtspunkte gibt, die aufdrängen, von der Auslegung abzugehen, dass Art. 4 Abs. 3 AtG den Kantonen die Anwendung ihres Rechts und ihrer Polizeibewilligungen vorbehält. Die ausdrückliche Erwähnung des Vorbehaltes, der auch ungeschrieben gelten würde, zeigt, dass der Gesetzgeber diesem Umstand eine besondere Bedeutung zumass und durch die Kompetenzkumulation zwischen der Bundeskompetenz im Atomrecht und den kantonalen Kompetenzen den Anwendungsbereich des kantonalen Rechts nicht schmälern wollte.

Es sind jetzt nochmals die konkreten Auswirkungen auf das gesamte Bewilligungsverfahren im Atomrecht zu rekapitulieren und allenfalls weitere Schlussfolgerungen zu ziehen: Die Atombewilligungen des Bundes stellen nur fest, dass keine Gründe der nuklearen Sicherheit dem Bau eines Kernkraftwerkes an einem bestimmten Standort entgegenstehen. Sie verleihen rechtlich für die kantonalen Bewilligungen keine andere Position, als sie irgendjemand anderes hat, der um dieselbe kantonale Bewilligung nachsucht.

583) "Gesetz" wird in der Auslegungslehre regelmässig als Oberbegriff verwendet, der in der Regel auf Einzelnormen hinweist und nicht auf ganze Gesetze. Dies entsprechend den Rechtssprichwörtern "nulla poena siene lege", "lex posterior derogat lege priori".

Der Kanton ist hauptsächlich darin beschränkt, dass er nukleare Gesichtspunkte nicht erneut prüfen kann [584]. Es ist einer Gemeinde nicht möglich, im Baubewilligungsverfahren statt eines Kühlturmes zwei kleinere zu fordern. Diese Frage wurde abschliessend im Verfahren des Bundes geprüft. Der Gemeinde bleibt daher nur die Möglichkeit, bei Unvereinbarkeit mit dem Baurecht die Baubewilligung zu verweigern [585], dies, obwohl die Forderung nach zwei Kühltürmen der Verhältnismässigkeit besser entsprechen würde. Durch die starke Determinierung der Kernkraftwerkbauten durch technische Begebenheiten, die der kantonalen Prüfung entzogen sind, muss ein gewisser Rigorismus in der Anwendung des kantonalen Rechts in Kauf genommen werden, der ihm sonst nicht innewohnt [586]. Diese für den Gesuchsteller erhebliche Härte muss dadurch gemildert werden, dass die Zonenkonformität vor Einleitung des Bundesbewilligungsverfahrens abgeklärt und in einer generellen Baubewilligung festgehalten wird, was Sache des Gesuchstellers ist.

Bis jetzt wurde ausdrücklich oder unausgesprochen eigentlich nur von der kantonalen Baubewilligung gesprochen, die in Verbindung mit der Zonenordnung Erfordernisse aufstellt, die von einem Kernkraftwerk nur schwerlich eingehalten werden können. Eine andere wichtige kantonale "Bewilligung" [587] ist jene zur Entnahme von Kühlwasser. In dieser Frage ist die kantonale Behörde weitgehend gebunden. Das hängt davon ab, dass in den Kantonen die Wasserentnahmekonzessionen wohl

584) Uebereinstimmend Fischer, 97, unter Verweis auf das Gutachten Gygi/Huber, und BGE 99 Ia 257, 102 Ia 135.

585) Dagegen ist der umgekehrte Schluss falsch, dass dadurch die kantonale Behörde gezwungen werde, das KKW zu bewilligen, ohne die Einhaltung des Baurechts fordern zu können. Dies vertreten offenbar die Gutachter und ihnen folgend Fischer, 97.

586) Wenn ein Baugesuch nicht den Vorschriften entspricht, so wird eine vernünftige Behörde nicht gleich den Bauabschlag erteilen, sondern in Zusammenarbeit mit dem Gesuchsteller auf eine Abänderung des Projekts hinwirken, damit es rechtskonform ist. Dies ist bei KKW nicht möglich, weil sonst die Voraussetzungen der Bundesbewilligung nicht mehr eingehalten sind.

durchwegs erteilt werden, sofern es die zur Verfügung stehende ober- oder unterirdische Wassermenge zulässt. Die Konzessionsvoraussetzungen sind nicht im Gesetz festgehalten, sondern haben sich in einer Praxis entwickelt, wodurch das ursprünglich weitgespannte Ermessen der Behörde eingeschränkt wurde. Da die Frage der Kühlung im Bewilligungsverfahren des Bundes zentral ist und wohl auch kein Kernkraftwerk an einem Standort mit ungenügendem Wasservorkommen projektiert wird, würde die Verweigerung der Kühlwasserentnahme durch den Kanton mit grosser Wahrscheinlichkeit eine rechtsungleiche Behandlung gegenüber der sonst geübten Praxis bedeuten. Hier könnte die Bewilligungsverweigerung auch eher als Vereitelung des Bundesrechts gewertet werden [587a)], weil bei dieser Frage die Kühlturmkommission und die kantonalen Behörden dasselbe prüfen [588)]: Genügt das Wasservorkommen, werden nicht bestehende Nutzungen verunmöglicht, ist die Belastung des Gewässers mit dem rückfliessenden Abwasser (Wärmebelastung) tragbar? Es zeigt sich also das erstaunliche Bild, dass die Konzession, auf die nach gängiger Auffassung kein Rechtsanspruch besteht, leichter zu erhalten ist als die Polizeibewilligung, weil deren Voraussetzungen durch Kernkraftwerke wegen ihrer aussergewöhnlichen Dimensionen nicht erfüllt werden. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Fragenkomplexen besteht auch darin, dass die Knappheit des Bodens dazu geführt hat, dass er von einer einschneidenden Planung erfasst wird, die die Wasservorkommen bisher noch nicht berührt: Ausserhalb von Grundwasserschutzgebieten ist die Wassernutzung noch disponibel.

587) In der Rechtsform ist es wahrscheinlich in allen Kantonen eine Konzession.

587a) Das Bundesgericht teilt offenbar meine Zurückhaltung nicht: Es hat im Entscheid Verbois (siehe oben S. 227, Anm. 572) die kantonale Kompetenz voll geschützt und geht offenbar davon aus, es könne mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorkommen, dass der Kanton andere Pläne mit dem verfügbaren Wasser habe.

588) Alle Ausführungen zur Kühlwasserentnahme treffen nur zu, bis der Bund seine Kompetenz aus dem neuen Wasserwirtschaftsartikel 24 bis Abs. 1 litt. b ausübt.

Art. 4 Abs. 3 AtG stellt nur einen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Polizeirechts auf. Es ist den Kantonen dadurch verwehrt, andere als polizeiliche Gründe [589] gegen Kernkraftwerke geltend zu machen. Die in verschiedenen Kantonen eingereichten Initiativen [590], die der Erstellung von Kernkraftwerken entgegenwirken sollen, sind deshalb problematisch. Im Rahmen dieser Arbeit muss deren Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht jedoch nicht eingehend geprüft werden, weil die Zielrichtung der Initiativen weniger der Landschaftsschutz ist, sondern die Verhinderung des Baus von Kernkraftwerken schlechthin, weil Zweifel an ihrer Sicherheit bestehen.

Andere Atomanlagen als die Kernkraftwerke [591] brauchen auch nicht näher erläutert zu werden. Sie treten in der Landschaft nicht so sehr in Erscheinung, allenfalls können Nebenanlagen dem Landschaftsschutz zuwiderlaufen, doch betrifft das nur noch indirekt die Frage der Nutzung der Atomenergie [592].

In der Diskussion um die Kernkraftwerke herrscht auch Unklarheit, ob bei rechtmässiger Verweigerung der kantonalen Bewilligungen Entschädigungen an die bisherigen Aufwendungen der Gesuchsteller zu bezahlen seien: Eine Verweigerung der kantonalen Bewilligung würde jedoch keinen Widerruf der Bundesbewilli-

589) Der Kanton darf selbstverständlich auch nicht auf polizeiliche Kriterien des Bundesrechts zurückkommen, d.h. wegen der möglichen Strahlengefährdung KKW generell verbieten.

590) Siehe z.B. die St. Galler Gesetzesinitiative für eine massvolle Energiepolitik, beurteilt in BGE 102 Ia 131 ff.

591) Z.B. Deponien für radioaktive Rückstände, Forschungsbetriebe.

592) Es ist z.B. denkbar, dass eine Deponie, auch wenn sie unterirdisch angelegt wird, durch eine Strasse besonders erschlossen werden muss und einer Umzäunung bedarf. Rodungsfragen, die Beschränkung der freien Begehbarkeit von Wald und Weide usw. sind nach den für diese Gebiete geltenden Grundsätzen zu beurteilen.

gung bedeuten [593], denn durch diese wird kein Recht auf den Bau eines Kernkraftwerkes erteilt. Schadenersatzansprüche könnten deshalb nur gefordert werden, wenn die kantonale Baubewilligung, die nach kantonalem Recht zu erteilen wäre, durch Aenderung der Vorschriften hintertrieben würde [594].

Die tatsächliche Bewilligungspraxis weicht indessen stark von der rechtlich gebotenen ab [595]. Die weitgespannten Befugnisse der Kantone sind weitgehend verkümmert. Das hat heute zur paradoxen Situation geführt, dass den Kantonen, denen nach dem Gesetz eine erhebliche Unabhängigkeit zugestanden ist, durch den Bedeutungsverlust dieses Verfahrensabschnittes jede wirksame Beteiligungsmöglichkeit bei der Bewilligung von Kernkraftwerken entgleitet. Ihre Mitwirkung wird auf eine Anhörung reduziert [596]. Es besteht die Gefahr, dass auf Einwendungen hin, die in der Stellungnahme vorgebracht werden, auf die späteren kantonalen Bewilligungen verwiesen wird, die das Gesetz vorsieht; in dieser Phase wird daraufhin eingewendet, die betreffende Frage sei durch die Auflagen nuklearer Art schon festgelegt, entgehe deshalb der Einwirkungsmöglichkeit des Kantons.

593) Ein Widerruf läge dagegen vor, wenn nach Annahme der Initiative für Wahrung der Volksrechte ... alle bis jetzt erteilten Bewilligungen wiederaufgerollt würden. Auf diesen Widerruf spielt Gygi, Kernkraftwerke, 271, an; eine nachfolgende rechtmässige Nichterteilung einer kantonalen Bewilligung kann damit nicht gemeint sein.

594) Das Bundesgericht scheint eine Praxisänderung einzuleiten, dass selbst bei rechtmässiger, jedoch vom Gesuchsteller in keiner Weise zu verantwortender Bewilligungsverweigerung die Planungskosten vom Gemeinwesen getragen werden müssen, z.B. bei Baueinsprachen wegen ungenügender Bauvorschriften und nachheriger Unterschutzstellung eines Gebäudes, das hätte abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden sollen. Siehe z.B. BGE 101 Ia 328 ff.; noch weiter geht BGE 102 Ia 243 ff.

595) Nach der ausgearbeiteten Begründung des BGE Verbois (siehe oben S. 227, Anm. 572) könnte sich allerdings erweisen, dass die Position der Kantone wiederum erheblich gestärkt wird und neuerdings wieder dem Atomgesetz entspricht.

596) Art. 7 Abs. 2 AtG ordnet an, dass "ausserdem ... die Stellungnahme des Kantons einzuholen" sei. Diese steht aber völlig ausserhalb des gemäss dieser Bestimmung zu erstellenden Gutachtens, das damit dominiert.

Die Ohnmacht der kantonalen Behörden hat zu drei Standesinitiativen [597] geführt, die fordern, dass der Bund das gesamte Bewilligungsverfahren an sich ziehe und den Kantonen ein echtes Mitwirkungsrecht bringe. Ein solches Gesuch um "Bevormundung auf eigenes Begehren" ist in den letzten Jahren sonst nicht vorgekommen [598]. Es lässt sich jedoch erklären: Wenn die Kantone gehindert werden, ihre Befugnisse in bezug auf Kernkraftwerke auszuüben, so soll sich der Bund auch den Zorn der zahlreichen Kernkraftwerkgegner selber aufladen. Es leuchtet ein, dass ein solches Schwarzpeterspiel dem Recht abträglich ist.

Es fragt sich, ob der jetzt zu behandelnde Landschaftsschutz im Zusammenhang mit Kernkraftwerken nach dem Wortlaut des Gesetzes oder der tatsächlich geübten Praxis zu erörtern sei. Der Entscheid für diese liegt näher, umso mehr, als die Revision des AtG mit grosser Wahrscheinlichkeit eher die Sorge für die Landschaft dem Bunde zuweisen als bei den Kantonen belassen wird.

Die Bundesbehörden sind verpflichtet, bei der Bundesaufgabe Atombewilligungen den Landschaftsschutz zu berücksichtigen. Dadurch ist zwar grundsätzlich die Parallelkompetenz der Kantone auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes noch nicht ausgeschaltet, aber es fragt sich, ob überhaupt noch die Mög-

597) Standesinitiative des Kantons Aargau vom 27. März 1973, Baselland vom 21. Januar 1974, Baselstadt vom 21. März 1974: Alle drei verlangen eine umfassende Standortplanung (offensichtlich zur Verhinderung einer Massierung von KKW in der Nordwestschweiz; allerdings ist unklar, gestützt auf welche Bundeskompetenz diese Planung erfolgen soll) und ein nur vom Bund durchzuführendes Bewilligungsverfahren mit einem "gebührenden Mitspracherecht" der Kantone und Gemeinden (alle drei Initiativen) sowie der angrenzenden Kantone und Gemeinden (nur BL und BS).

598) Das will nicht heissen, dass keine Forderungen nach Uebernahme von Aufgaben durch den Bund gestellt wurden: Es handelte sich jeweils um Bereiche, in denen die Ausgaben und nicht die Befugnisse im Vordergrund standen.

lichkeit der effektiven Schonung und allenfalls der ungeschmälerten Erhaltung bestehe. Diese Fragen hängen mit dem Standort zusammen, weshalb sie sinnvoll nur durch den Bund im Standortbewilligungsverfahren behandelt werden können [599]. Wenn dem Kanton die Möglichkeit fehlt, tatsächlich die Erstellung und die äussere Gestaltung des Kernkraftwerkes zu beeinflussen, so erschöpfen sich seine Landschaftsschutzmassnahmen auf die Farbanstriche der Gebäude, die Gestaltung der Nebengebäude und die Bepflanzung der Umgebung.

Umso wichtiger ist es, dass im Standortbewilligungsverfahren der Landschaftsschutz nicht nur eine unwichtige Nebenfrage bleibt: Es wird zwar regelmässig die ENHK beigezogen, doch kritisiert Rhinow zu recht, dass sich diese Fachkommission statt zu den Landschaftsschutzfragen auch zur Notwendigkeit der Kernkraftwerke überhaupt äussert [600], womit bei einer nicht vollständig ablehnenden Schlussfolgerung dies als gesamthaft positive Stellungnahme der ENHK zur Kenntnis genommen wird und ihre weiteren noch so erheblichen Bedenken unter den Tisch fallen. Noch wesentlicher als eine klare Haltung der ENHK oder auch anderer Fachstellen oder Verbände wäre ein rasches Vorantreiben der Raumplanung. Eine auf die Sachplanungen des Bundes gut abgestimmte Nutzungsordnung ist das wirksamste allgemeine Mittel des Landschaftsschutzes. Der zusätzliche Schutz der be-

599) Dies scheint auch die herrschende Meinung zu sein. Siehe Zusammenstellung bei Rhinow, Kaiseraugst, 78, insbes. Anm. 19. Für meine Erörterungen ist nicht von Belang, ob die Standortbewilligung als Teilbewilligung (Fischer) oder Grundsatzbewilligung (Gygi) verstanden wird (siehe dazu Rhinow, Kaiseraugst, 82), denn diese Unterscheidung hat nur Auswirkungen auf weitere Teilbewilligungen. Die Frage des Landschaftsschutzes kann nur bei der Standortbewilligung eingeordnet werden, weil hier die weiteren politischen und nicht rein technischen Entscheide fallen.

600) Rhinow, Kaiseraugst, 91, insbes. Anm. 59. Es ist unerklärlich, wie die ENHK die Kühltürme "nur auf Zusehen hin" tolerieren will.

sonders wertvollen Einzellandschaften wäre damit leichter und die sich darauf konzentrierenden Mittel auch besser ausreichend.

Zusammenfassung: Die vom AtG vorgenommene Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen wird durch die Praxis nicht eingehalten [601]: Die Behörden des Bundes beanspruchen für die von ihnen erteilten Bewilligungen eine Wirkung, die den ausdrücklichen Vorbehalt des kantonalen Polizeirechts weitgehend gegenstandslos macht. Die bisherige Gerichtspraxis und ein erheblicher Teil der Literatur stützen dieses Vorgehen.

Der Landschaftsschutz ist bei diesem Auseinanderklaffen von Gesetz und Rechtswirklichkeit nur beschränkt sichergestellt: Er wäre nach der geltenden Regelung vornehmlich dem kantonalen Bewilligungsverfahren zuzuordnen, das aber weitgehend gegenstandslos ist. Nach der geübten Praxis wird der Hauptunterschied über Erhaltung oder Schonung der Landschaft im Standortbewilligungsverfahren geprüft. Damit er sachlich richtig getroffen wird, ist das kantonale Landschaftsschutzrecht und die kantonale Nutzungsordnung in die Entscheidung einzubeziehen und dem Kanton, den Gemeinden und Fachverbänden eine Stellung in diesem Verfahrensabschnitt einzuräumen, die dem immer noch geltenden ausdrücklichen Vorbehalt des kantonalen Rechts gerecht wird.

601) Diese Feststellung berücksichtigt eine Korrektur durch den BGE Verbois (siehe oben S. 227, Anm. 572) nicht. Es ist möglich und zu hoffen, dass damit dem AtG wieder Nachachtung geschaffen wird.

4 Schlussfolgerungen

4.1 Die gegenwärtige Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination im Landschaftsschutz

Nach der Betrachtung einiger wichtiger staatlicher Aufgaben und bewilligungspflichtiger privater Werke und Anlagen hat sich der Eindruck verdichtet, dass der Schutz der Landschaft kaum in einem Gebiet optimal verwirklicht ist. Wohl ist der Landschaftsschutz in zwei ihn prägenden Bereichen, dem Natur- und Heimatschutz und der Raumplanung, grundsätzlich in der kantonalen Kompetenz geblieben, doch sind die Kantone zu passiv oder sind ihre Befugnisse gegenüber Beeinträchtigungen, die sich auf Bundesrecht abstützen, wirkungslos geblieben.

Der Grund liegt wohl in erster Linie darin, dass der Landschaftsschutz in der Regel nicht als selbständige Aufgabe [1], sondern veranlasst durch eine andere Staatsaufgabe, die eine Beeinträchtigung der Landschaft mit sich bringen könnte, wahrgenommen werden muss. Der Landschaftsschutz tritt gleichsam als "Hindernis" einer rationellen und konfliktfreien Aufgabenerfüllung auf.

Als weitere charakteristische Punkte für die Verwirklichung oder umgekehrt die Erschwerung des Landschaftsschutzes haben sich gezeigt:

1. Die Bundesbehörden schenken dem Landschaftsschutz entsprechend der Berücksichtigungspflicht aus Art. 22 quater und 24 sexies BV zwar Beachtung, aber die Abstimmung mit den von den Kantonen getroffenen oder noch zu treffenden Massnahmen ist nicht überall gewährleistet.

2. Landschaftsschutz lässt sich nur in Verbindung mit einer ausgearbeiteten kantonalen Raumordnung und den darauf abgestimmten Sachplanungen des Bundes erfolgreich verwirklichen. Sowohl

1) Ausnahmen sind etwa die Ausscheidung von Naturschutzgebieten in landwirtschaftlich nicht genutztem Raum oder z.T. auch der Denkmalschutz.

die Kantone wie der Bund sind erst in mehr oder weniger weit fortgeschrittenen Stadien der Ausarbeitung. Die Vorstellungen eines genügenden Schutzes der freien und überbauten Landschaft müssen in die Planung einfliessen, damit nachher als "Ausführung" der Planungsentscheide die Schutzmassnahmen getroffen werden können.

3. Eine wichtige Voraussetzung einer Planung, welche die Landschaft gebührend berücksichtigt, wären die bis heute noch nicht vorliegenden Inventare des Bundes nach Art. 5 NHG.

4. Das Fehlen der Sachplanungen wirkt sich besonders bei Werken mit grosser Längenausdehnung negativ aus [2]. Die Erfordernisse des Landschaftsschutzes werden auf diese Weise vom Sachzwang, dass wegen eines kurzen Stückes das gesamte Werk in Frage gestellt oder doch erheblich verteuert wird, überrollt, obgleich bei einer weiträumigen Planung die Beeinträchtigung nicht notwendig geworden wäre.

5. In zahlreichen Erlassen des Bundes ist die Rücksichtnahme auf die Landschaft vorgeschrieben. Die meisten dieser Bestimmungen, und nicht nur diejenigen älteren Datums, bleiben hinter der heute verbindlichen Berücksichtigungspflicht der Art. 2 f. NHG zurück und haben deshalb keine selbständige Bedeutung mehr. Klare gesetzliche Kriterien, wie für die einzelne Sachaufgabe dem Landschaftsschutz Rechnung zu tragen sei, fehlen.

6. Recht häufig können sich der Bund und der Kanton über die Notwendigkeit einer Beeinträchtigung, die in beider Interessen liegt, einigen. Bestehen in solchen Fällen Zweifel, ob dem Landschaftsschutz genügend Rechnung getragen worden ist, kommt der Beschwerdebefugnis der Gemeinden und gesamtschweizerischen Vereinigungen des Natur- und Heimatschutzes gemäss Art. 12 NHG grosse Bedeutung zu. Der Erfolg liegt

2) Z.B. Leitungen, Strassen, Bahnen.

häufig nicht in der Gutheissung der Beschwerde, sondern in der Mitwirkung in der vorhergehenden Planung, die häufiger Erfolg zeitigt, wenn bei Nichtberücksichtigung der Vorschläge die Frage weitergezogen werden kann.

7. Obwohl das Schutzgut, die unbeeinträchtigte Landschaft, nicht oder nur schwer wiederherzustellen ist, und ihre Zerstörung einen unwiederbringlichen Verlust bedeutet, kann sich der Landschaftsschutz gegenüber technischen Eingriffen häufig nicht durchsetzen. Die bedrohten ideellen, nicht quantifizierbaren Werte stehen den messbaren, Mehrkosten verursachenden Erschwernissen gegenüber, die von wirtschaftlich starken Interessen vertreten werden.

Werden die Massnahmen des Landschaftsschutzrechtes systematisch geordnet, so ergeben sich zwei Hauptgruppen:

1. Unmittelbar raumwirksame Normen legen durch Gebote oder Verbote fest, wie sich der Staat oder Private in einem geographisch abgegrenzten Raum zu verhalten haben. In den Kantonen wird diese Wirkung insbesondere mit den Schutzgebieten erreicht. In verschiedenen Bundeserlassen finden sich Bestimmungen, die Landschaftselemente schützen, die nach klar feststellbaren Kriterien im Raum örtlich bestimmt werden können [3]. Solche Normen finden sich weniger häufig auch im kantonalen Recht.

2. Für den Landschaftsschutz werden allgemeine Grundsätze aufgestellt, die sich als Verhaltensnormen an Einzelne oder an Gemeinwesen richten. Sie sind v.a. dort angebracht, wo für ein geplantes Vorhaben ein Bewilligungsverfahren durchgeführt wird. Diese Art Landschaftsschutznormen finden sich sowohl im Bundesrecht wie im kantonalen Recht. Der Nachteil dieses sehr flexiblen Vorgehens liegt bis heute darin, dass die Handlungsanweisungen zu wenig eindeutig sind: Statt Kriterien zu geben, wann bei einer bestimmten Aufgabe die Landschaft vor-

3) z.B. Wald, Fluss- und Seeufer, Alpweiden usw.

rangigen Schutz verdiene und welche Mittel angewendet werden sollen, erschöpfen sich die Grundsätze in Verunstaltungsverboten oder in nicht näher umschriebenen Rücksichtnahmegeboten.

Handelt es sich um eine Bundesaufgabe, kommt dem Verfahren die Hauptbedeutung zu, insbesondere dem Einbezug von Kantonen, Gemeinden und Fachorganisationen. In Bewilligungsverfahren muss ihnen eine genügend starke Stellung eingeräumt werden: Bisher hat der Bund häufig ohne Würdigung des kantonalen Rechts und ohne Einbezug der Stellungnahme des Kantons und der Gemeinden unkoordiniert gehandelt.

4.2 Eignung des Begriffes der Kompetenzkumulation zur Bewältigung von Problemen der Aufgabenverteilung und Aufgabenkoordination

Eine Kompetenzkumulation im Sinne dieser Arbeit ist die rechtliche Erfassung eines bestimmten Lebenssachverhaltes durch Normen, die auf mehreren verschiedenen Zuständigkeiten des Bundes allein oder des Bundes und der Kantone beruhen [4].

Können die verschiedenen Normen weder kumulativ angewendet noch widerspruchsfrei koordiniert werden, und ist die Kompetenzkumulation auch nicht durch den Bundesgesetzgeber zugunsten einer Kompetenz entschieden, so ist eine beide Kompetenzen berücksichtigende Interessenabwägung vorzunehmen, zu welcher die Grundsätze, die die Praxis des Verhältnisses des kantonalen öffentlichen Rechts zum Bundeszivilrecht entwickelt hat, eine Richtlinie abgeben können [5].

Der in dieser Arbeit neu eingeführte Begriff ist nach der beispielhaften Anwendung im Landschaftsschutzrecht zusammenfassend auf seine Eignung zu prüfen: Spricht man von einer Kompetenzkumulation und nicht von einem der mindestens teilweise über-

4) Siehe oben 2.2, S. 39
5) Siehe oben 2.8, S. 78 f.

einstimmenden Begriffe der Kompetenz- oder Normkonkurrenz, des Regelungs-, Kompetenz- [6] oder Normenkonfliktes, so wird nicht zum vornherein von einer Konfliktsituation ausgegangen, die nach einem Entscheid zugunsten der einen Kompetenz ruft. Diese Vorstellung steckt wahrscheinlich immer unausgesprochen hinter den andern Begriffen.

Beim Landschaftsschutz ist die "Konfliktsituation" regelmässig anders: Wenn eine Eisenbahnlinie gebaut werden soll, verlangt niemand, dass Eisenbahnrecht nicht angewandt werden dürfe und an dessen Stelle der "Geltungsanspruch" von Landschaftsschutzrecht bejaht werde. Der Landschaftsschutz verlangt vielmehr, dass das Eisenbahnrecht derart angewendet werde, dass die Landschaft nicht durch den Eisenbahnbau beeinträchtigt wird. Das anzustrebende Ziel ist vorrangig die widerspruchsfreie Koordination der beiden Staatsaufgaben [7]. Erst wenn Unvereinbarkeit festgestellt wird, muss das eine Interesse obsiegen, dies jedoch nicht absolut, sondern unter möglichster Berücksichtigung des andern - unterliegenden - Interesses.

Kritiker werden einwenden, dass die derartige Problemlösung schon bisher praktiziert worden sei und sich deshalb die Prägung eines neuen Begriffes erübrige. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Benennung eines Phänomens nur sinnvoll ist, wenn es überhaupt besteht. Wird es erst begrifflich geschaffen, hilft es nichts. Der Begriff der Kompetenzkumulation will eine Gruppe bekannter, aber in jedem Rechtsgebiet ohne Blick auf die Nach-

6) Hier ist nicht der Kompetenzkonflikt als Rechtsmittel angesprochen, sondern die darin enthaltene Konfliktlage: Sie kann darin beruhen, dass Bund und Kanton dieselbe Kompetenz beanspruchen, oder dass zwischen verschiedenen Kompetenzen ein nicht auszuräumender Widerspruch besteht. Dies wäre eine Kompetenzkumulation.

7) Ich lasse hier bewusst offen, ob es sich um Landschaftsschutzrecht des Bundes oder eines Kantons handelt. Das Problem ist nämlich grundsätzlich dasselbe, obwohl man dazu neigt, beim Verhältnis Bund - Kanton einen Vorrang des Bundes anzunehmen.

barn unsystematisch behandelter Erscheinungen zusammenfassen, den Grund ihres Vorkommens charakterisieren und Richtlinien zu einer systematisierten, aber den Unterschieden der einzelnen Rechtsgebiete angemessenen Problemlösung anbieten.

Im Bereiche des Landschaftsschutzes kann auch einleuchtend gezeigt werden, dass die Koordination verschiedener Staatsaufgaben in den meisten Fällen grundsätzlich möglich wäre, aber wegen mangelnder Kenntnisnahme der Problemlage im Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsverfahren häufig nicht erreicht wird. Diese zumeist mögliche Koordination bei Kompetenzkumulationen hängt damit zusammen, dass zu ihrem Begriff gehört, dass derselbe Sachverhalt unter verschiedenen Gesichtspunkten von den verschiedenen Kompetenzen erfasst wird: Von der einen Kompetenz her ist der Aspekt der andern, kumulierenden Kompetenz für den Gesetzgeber, eventuell auch für den Rechtsanwender, disponibel, deshalb der Rücksichtnahme auf die andere Kompetenz zugänglich. Am angeführten Beispiel der Eisenbahnen: Sowohl die Bundeskompetenz wie die Gesetzgebung im Eisenbahnwesen sind in bezug auf den Raum nicht festgelegt. Der Landschaftsschutz nimmt sich in erster Linie der schutzwürdigen Werte des Raumes an. Bei frühzeitiger Koordination sollte es deshalb meistens zu umgehen sein, dass besonders empfindliche Landschaften beeinträchtigt werden. Eine unvereinbare Konfliktlage entsteht aus der Kompetenzkumulation aber dann, wenn die Linienführung nur nach "Eisenbahngesichtspunkten" festgelegt wird und im späteren Stadium der Landschaftsschutz einbezogen wird. Plötzlich wird ein vom Eisenbahngesetz keineswegs vorgezeichneter Planungsentscheid "Eisenbahnrecht" und beansprucht den Vorrang vor dem Landschaftsschutz.

Anerkennt man das Vorhandensein von Kompetenzkumulationen und hängt nicht an einem falsch verstandenen Dogma der Lückenlosigkeit der Kompetenzabgrenzung, dann ist eine echte Aufgabenver-

teilung und eine zwischen den verschiedenen Fachorganen oder Gemeinwesen gemeinsam erarbeitete Koordination möglich. Es lässt sich sogar die Behauptung vertreten, dass bei einer Aufnahme des Begriffes der Kompetenzkumulation ins bundesstaatsrechtliche Vokabular die mit "Konflikt" oder "Konkurrenz" verbundenen Begriffe weitgehend gegenstandslos würden.

4.3 Forderungen an den künftigen Landschaftsschutz des Bundes und der Kantone

Am Grundentscheid, dass jedes Gemeinwesen an die Verwirklichung des Landschaftsschutzes beizutragen und bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht zu nehmen habe, soll festgehalten werden. Dieses Ziel ist grundsätzlich auch bei unveränderter Kompetenzlage erreichbar.

Im Bereiche des Natur- und Heimatschutzes wird daran gearbeitet, die Verfassungsaufträge neu und eindeutiger zu formulieren und die Bundeskompetenz zu erweitern. Im Bereiche der Raumplanung und des Umweltschutzes ist keine Kompetenzverlagerung notwendig, doch sind unbedingt die Ausführungsgesetzgebungen intensiv voranzutreiben.

Der Bund soll eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete des Landschaftsschutzes erhalten [8]. Sie ist in dem Sinne

8) Es wird allgemein postuliert, die bisherige Natur- und Heimatschutzkompetenz als Landschaftsschutzkompetenz umzubenennen. Siehe z.B. Hunziker, Mitwirken des Bundes , 2, Imholz, N + H, 175 f., Munz, Landschaftsschutz, 37 f. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die nicht landschaftsrelevanten Bereiche des herkömmlichen Natur- und Heimatschutzes weiterhin erfasst werden (Pflege der Sprache, Kultur und Kunst). Die Kompetenz zum Schutz der Pflanzen und Tiere wäre weiterhin gesondert aufzunehmen, allenfalls eine einheitliche "Tierschutzkompetenz" unter Zusammenlegen mit Art. 25 bis BV zu schaffen.

näher zu umschreiben, dass der Bund im Rahmen seiner anderen Aufgaben mit je der entsprechend weitreichenden Kompetenz den Landschaftsschutz sicherzustellen habe [9] und dass die Massnahmen des Bundes mit den kantonalen Schutzmassnahmen zu koordinieren seien.

Die Kantone sollen durch ihre Raumplanung die Landschaftsschutzgebiete räumlich ausscheiden. Der Bund hat mit Förderungsmassnahmen vor allem dort koordinierend und ausgleichend einzugreifen, wo Werte von überregionaler Bedeutung gesichert werden oder die Erholungsfunktion der Landschaft überkantonale Bedeutung hat.

Kantonale Schutzgebiete sollen durch Vorkehren des Bundes nicht in ihrem Schutzzweck beeinträchtigt werden. Diese Forderung ist bei einer rechtzeitigen Abstimmung der Planungen des Bundes und der Kantone durchaus realistisch. Schutzgebiete schaffen nicht Reservate, von denen jede menschliche Einwirkung ferngehalten werden muss, sondern in ihnen sind bloss einer oder mehrere wertvolle Aspekte der Landschaft nicht mehr zur freien Disposition der Privaten und des Staates [10]. Ihre Bewirtschaftung, sachgemässe Erschliessung und Förderung als Lebensraum von Menschen, Tieren und Pflanzen sind notwendig; sie stehen also auch Vorhaben des Bundes nicht unbedingt entgegen. Ist eine Nichtbeachtung der Schutzvorschriften durch den

9) Das bedeutet in umfassenden Kompetenzen, dass der Bund entweder die Landschaft auch umfassend vor den Beeinträchtigungen im Bereich dieser Bundesaufgabe schützt oder, der Klarheit halber, einen ausdrücklichen Vorbehalt des kantonalen Rechts aufnimmt. In der Grundsatzgesetzgebung sind ebenfalls die besonderen Landschaftsschutzgrundsätze zu formulieren.

10) Man denke an Altstadtgebiete, Schutzzonen, in denen fremdartige Baustoffe verboten sind, Naturwiesen, in denen die übermässige Düngung zu unterlassen ist, usw.

Bund oder einen Bewilligungsnehmer gestützt auf Bundesrecht unumgänglich, so sind im kantonalen Verfahren das Schutzgebiet und die dazugehörigen Vorschriften neu zu umschreiben. Andernfalls tritt die heute verbreitete Situation ein, die dem Landschaftsschutz sehr abträglich ist: Die örtliche Bevölkerung unterzieht sich nur solange freiwillig den notwendigen Beschränkungen ihrer eigenen Aktivität, wie sie überzeugt ist, dass auch der Staat seine eigenen Vorschriften einhält [11].

Noch fast dringender ist kurzfristig - mindestens, bis die notwendigen Planungen des Bundes und der Kantone ausgearbeitet und aufeinander abgestimmt sind - die verfahrensmässige Sicherstellung des Landschaftsschutzes. Die vielfältigen Formen der Art und des Grades der Berücksichtigung des kantonalen Rechts und des Einbezugs der Kantone in Bewilligungsverfahren des Bundes sind möglichst zu vereinheitlichen, soweit nicht durch den Umfang oder die Natur der Bundeskompetenz eine besondere Regelung notwendig ist.

Die Berücksichtigung des kantonalen Rechts kann als Forderung an die Praxis aufrechterhalten werden: Der Bund hat die Setzung und Anwendung kantonalen Rechts auch bei der Erfüllung seiner eigenen Kompetenzen zu achten oder andernfalls den Entscheid auf der Stufe der Gesetzgebung zu treffen [12].

Der Einbezug der Kantone in Bewilligungs- und Planprüfungsverfahren ist so auszugestalten, dass er eine echte Mitwirkung ist. Die Gemeinden, die häufig nur über die Kantone miteinbe-

11) Die Bevölkerung neigt dazu, "Sünden" einzelner Gemeinwesen nicht diesem, sondern einfach dem "Staat" zuzurechnen.

12) Das wichtigste kantonale "Recht" sind die ausgeschiedenen Schutzgebiete (damit beziehe ich keine ausdrückliche Stellung in der Diskussion um die Rechtsnatur der Pläne, sondern will "Recht" als umfassenden Begriff der gesetzgeberischen Entscheide, zu welchen jene über Pläne auch zählen, verstanden wissen).

zogen werden [13], sind in allen Fällen direkt zur Mitwirkung zuzulassen: Bundesaufgaben, die sich auf den Raum auswirken, treten innerhalb des kantonalen Rechts fast durchwegs auch mit kommunalem Recht in Konflikt. Der Landschaftsschutz ist, mindestens soweit er durch das Raumordnungs- und Baurecht wahrgenommen wird, zu grossen Teilen eine Gemeindeaufgabe. Den Gemeinden und, wo dies nicht schon bisher der Fall ist, auch den Kantonen, muss auch das Beschwerderecht eingeräumt werden [14].

Die Chancen des Landschaftsschutzes hängen nicht nur von der verfahrensmässigen Sicherung als solcher ab. Ein Verfahren hilft nur, wenn sich die Beteiligten an praktikablen Grundsätzen ausrichten können. Landschaftsschutz lässt sich nur verwirklichen, wenn der Gesetzgeber möglichst konkrete Handlungsanweisungen gibt. Daran scheitert sehr häufig auch die Geltendmachung des kantonalen Rechts: Wenn sich das kantonale Landschaftsschutzrecht in einem allgemeinen Verunstaltungsverbot und einer kaum benutzten Delegation zur Ausscheidung von Schutzgebieten erschöpft, dann ist wenig verwunderlich, wenn die Bundesbehörden sich nicht daran, sondern direkt am Bundesrecht ausrichten.

Bei allen Bundesaufgaben ist jedoch auch unerlässlich, eindeutige Grundsätze, wie der Landschaftsschutz zu verwirklichen sei, im Gesetz zu verankern. Wenn bei Bewilligungsgrundsätzen technischer Art irgendwo noch angefügt ist, dem Schutze des Landschaftsbildes sei Rechnung zu tragen, so hat das unter Um-

13) Den Kantonen ist es in solchen Fällen auch nicht vorgeschrieben, die Stellungnahme der Gemeinden einzuholen. Das ergibt dann die paradoxe Situation, dass die Gemeinden aus Art. 12 NHG beschwerdeberechtigt sind, ohne dass sie vorher ihre Haltung darlegen konnten. Das ist unrationell und zudem die Beschwerde fast immer aussichtslos.

14) Die Beschwerde aus Art. 12 NHG genügt nicht in allen Fällen, v.a. dort nicht, wo sich die Beschwerdeinstanzen immer noch weigern, neben Rügen direkt aus dem NHG auch solche aus anderem landschaftswirksamem Recht zuzulassen.

ständen kaum Wirkung, sondern dient eher dazu, Einwände zugunsten eines effektiveren Landschaftsschutzes mit der Begründung abzulehnen, diese Frage sei wie gesetzlich vorgeschrieben geprüft worden. Aussagekräftige Bewilligungs- oder Verweigerungsgrundsätze müssen zwar gefordert werden, sie sind jedoch recht schwierig zu formulieren. Erleichtert würde diese Aufgabe, wenn die Schonung von geschützten Landschaften vorgeschrieben werden könnte und nicht nur auf etwas Schützenswertes verwiesen werden müsste, mit andern Worten, auch diese Forderung an den Bund ist auf einen besseren kantonalen Landschaftsschutz angewiesen.

Der Landschaftsschutz ist eine der wichtigsten Gegenwartsaufgaben. Zu seiner Verwirklichung ist das Recht ein Baustein. Die vielen andern Bausteine sind Handlungen: Ein zielstrebiges Treffen der Schutzmassnahmen durch die Behörden aller Gemeinwesen, eine enge Zusammenarbeit von Bund, Kantonen, Gemeinden und Fachorganisationen und die Einsicht aller Bürger, dass die Landschaft den Schutz verdient.